Le droit musulman

Connaissance du droit

collection fondée par

Jean-Luc Aubert

agrégé des Facultés de droit

dirigée par

Philippe Jestaz

professeur émérite de l'Université Paris Val-de-Marne (Paris XII)

Le droit musulman

2e édition
2007

François-Paul Blanc
professeur à l'Université de Perpignan
doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques

DALLOZ



DALLOZ

31-35, rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Avant-propos

La véritable portée d'un événement, son incidence sur l'histoire des hommes, échappent le plus souvent à leurs contemporains. Les faits qui se déroulent autour de l'année 632 sont à cet égard topiques ; d'aucuns, légitimement retenus comme cruciaux, n'auront qu'une incidence mineure ; d'autres, passés inaperçus, marqueront au contraire le devenir de l'humanité.

En 632, le roi Dagobert domine sans partage le *regnum francorum* réunifié depuis un an; Honorius I, soixante-dixième pape, gouverne la chrétienté depuis sept ans. Dans un souci d'unité, il n'a pas hésité à confesser une doctrine hérétique – le monothélisme –, à laquelle s'était déjà rallié Heraclius qui règne sur « l'empire de tout l'univers » depuis plus de vingt ans ; quatre ans auparavant, ce dernier avait écrasé en Mésopotamie les Perses sassanides, les refoulant hors de l'Asie mineure et les contraignant à restituer la vraie Croix qu'il rapportera triomphalement à Jérusalem en 630 ; il était le cinquième successeur de l'empereur Justinien. Le *corpus juris civilis* n'a pas encore cent ans. Ces événements, perçus en leur temps comme majeurs par ceux qui les attestent, sont aujourd'hui ignorés.

632, c'est aussi l'année de la mort du prophète Mahomet, fondateur de l'Islam ; le 8 juin, il s'éteint paisiblement à Médine, après avoir posé les fondements d'un nouveau *corpus juris* à prétention universaliste, le droit des musulmans. L'ère islamique n'a que dix années et nul ne miserait sur le devenir de la nouvelle doctrine alors pratiquée à l'ouest de l'Arabie par quelques

tribus du Hedjaz. Un siècle plus tard, en 732, dans le *regnum francorum* où règne encore les descendants de Dagobert, la bataille de Poitiers marquera les limites occidentales de la prodigieuse expansion de l'Islam.

Le mot musulman, *muslim*, vient du mot *islām* qui signifie soumission au Dieu qui a parfait la religion des hommes en révélant à Mahomet le Coran. L'Islam est l'ensemble des peuples qui ont accepté la religion fondée sur cette Révélation. Le droit musulman est le droit qui en régit les adeptes dans les États confessionnellement musulmans ; son application se prolonge dans les pays non musulmans par le jeu des règles du droit international privé. L'Islam représente aujourd'hui une partie importante de l'humanité : on peut approximativement évaluer à 1,3 milliard le nombre de ses fidèles en 2006. Partout ils se présentent en groupements fortement organisés et concentrés. Dans certains pays, ils forment l'immense majorité de la population. Dans toutes les démocraties occidentales ils constituent d'importantes minorités ; c'est le cas de la France où environ 4 millions de musulmans représentent, après les catholiques, la confession, de très loin, la plus nombreuse.

Avant la Révélation l'histoire religieuse de l'Arabie est, pour les musulmans, un temps d'ignorance et d'erreur, c'est la *djâhilîya*. Il y a une ville sainte, La Mecque où citadins et pèlerins pratiquent l'idolâtrie dans le temple de la Pierre Noire (*Ka 'aba,* littéralement le cube) ; c'est contre ce culte que Mahomet *(Mohammed)*, homme de la tribu de *Kuraish*, s'élèvera à partir des années 610. Il a alors 40 ans ; c'est un commerçant, ancien caravanier, suffisamment aisé pour avoir la liberté de se vouer à la propagande de la religion qu'il se sent le devoir de propager. Il va immédiatement se heurter à une violente opposition des mecquois qui perçoivent son message comme une menace pour leurs intérêts matériels et moraux. Il est obligé de fuir précipitamment, c'est l'hégire (*hidjra* : 15 juillet 622, 1er jour du calendrier musulman) et se réfugie à Yathrib, ville voisine de La Mecque, dont il gagne à sa cause les habitants ; ces derniers qui accueillent avec générosité les 150 fidèles, les *Compagnons (ashâb),* qui l'ont

suivi dans son exil, vont devenir les *ansâr* ou *auxiliaires;* leur ville va bientôt changer de nom et devenir *Madînat al-nabi* (Médine), la ville du Prophète. À partir de ce moment, Mahomet, devenu chef d'État, entreprend l'organisation de la Communauté islamique *(Umma)* par des révélations successives dont la réunion formera le Coran, « dictée surnaturelle enregistrée par le Prophète inspiré; simple messager chargé de la transmission de ce dépôt » (L. Massignon). Au bout de dix années de luttes, Mahomet, ayant converti tous les habitants de Médine et toutes les tribus nomades du Hedjaz, finit par avoir raison de l'hostilité des Mecquois. Il rentre en triomphateur à La Mecque et meurt peu après, le 8 juin 632.

Pour les musulmans, c'est à Médine que Mahomet devenu législateur a révélé aux hommes le mystère des destinées religieuses des sociétés humaines, en leur livrant la seule vérité, celle qui incorpore toutes les autres: la loi *(Sharî'a)*, enseignée par la parole de Dieu (Coran) et l'exemple du Prophète *(Sunna),* impose au croyant l'ensemble de ses obligations de citoyen d'une théocratie ; la *Sharî'a* réglemente, en effet, sa vie religieuse, politique et sociale, dicte son statut personnel, édicte le droit pénal, le droit public et le droit international, pose les principes du droit conventionnel. La conséquence naturelle de cette conception totalitaire est le mélange du spirituel et du temporel.

Le droit musulman érigé sur la Révélation n'est pas pour autant unitaire; après la disparition du Prophète, les luttes de tendance vont apparaître, les querelles doctrinales se multiplier. L'extension foudroyante de l'Islam dans l'ancien monde romain présentait pour la nouvelle religion un risque majeur de dilution ; sans église ni concile, l'Islam risquait de devenir une doctrine diffuse dans un empire trop vaste. C'est à ce danger qu'a paré la répartition de la masse des musulmans orthodoxes entre quatre écoles juridiques, les *madhâhib,* « directions » dont l'une au moins doit être suivie par tout musulman, mais avec possibilité de passer librement de l'une à l'autre. L'orthodoxie ainsi divisée demeure entière dans son unité multiple. L'Islam attribue le mérite de cette réforme à quatre théologiens : Abû Hanifa

(m. 767), Malîk ben Anas (m. 795), Mohammed ben Idris ech Chaféi (m. 820) et Ahmed ben Hanbal (m. 855), respectivement fondateurs des quatre disciplines auxquelles ils ont donné leur nom, les rites hanéfite, malékite, chaféite et hanbalite. Le hanéfisme a été adopté par les Turcs; il est resté dominant en Asie centrale et au Pakistan ; il en existe des traces dans les pays qui ont été soumis aux Turcs, par exemple en Tunisie, en Algérie ou en Bosnie. Le chaféisme a été le rite officiel du califat abasside ; il est aujourd'hui pratiqué dans le golfe Arabo-Persique, dans l'Arabie méridionale, en Basse Égypte, en Afrique orientale et sur les côtes indiennes ; il est dominant en Indonésie. Le malékisme est le rite de référence des pays du Maghreb, Libye, Tunisie, Algérie, Maroc et Mauritanie ; c'est également celui auquel se réfère le plus souvent les musulmans de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique centrale. Le rite hanbalite est le moins pratiqué : ses adeptes sont éparpillés sur les côtes du golfe Arabo-Persique et il est quasiment le rite officiel de l'Arabie Saoudite car il tend à se confondre avec le wahhabisme. Ces quatre directions constituent l'Islam sunnite, l'orthodoxie, dans la mesure où les quatre rites s'accordent sur le contenu de la *Sunna* du Prophète, c'est-à-dire son exemple, selon ses dires et faits, considérés comme le commentaire de la Révélation. Chez les sunnites, le sens de l'unité fondée sur le Livre exige un accord fondamental sur les questions principales, mais tolère des divergences secondaires.

Il en va différemment des dissidences hérétiques qui prendront naissance peu de temps après la mort de Mahomet; elles ont provoqué des scissions, toujours subsistantes, au sein de la *Umma*. La ligne de partage est ici représentée par le califat d'Ali (656-661), gendre du Prophète et père de ses seuls petits-enfants. Sitôt son beau-père disparu, Ali prétendit avoir des titres particuliers à sa succession *(khilâfa)* dans la direction de la communauté. Il ne fut point suivi et à trois reprises différentes, le choix des fidèles se porta sur un autre candidat : Abû Bekr, Omar, Othman ; un accord implicite semble alors s'établir, réservant le califat aux membres de la tribu de *Kuraish ;* c'est en cette

qualité qu'Ali lui-même sera désigné comme quatrième calife. Cet accord suscita une première dissidence, celle des *khâridjites* pour qui l'autorité supérieure ne peut devenir la propriété exclusive d'une famille ou d'une tribu; pour les *khâridjîyun*, dissidents, le seul suffrage des croyants doit désigner, parmi les plus dignes, le successeur de Mahomet. Les tenants de cette obédience ont joué un rôle fondamental dans l'histoire de l'Afrique du Nord: au VIIe siècle les Berbères se révoltent et le Maghreb tout entier devient khâridjite, avant d'accéder plus tard au malékisme. On les trouve aujourd'hui dans le sultanat d'Oman, à Zanzibar, dans l'oasis de Sywah en Égypte, dans le Djebel Nefûsa en Lybie, dans l'île de Djerba en Tunisie et dans le Mzâb du sud algérien. Sur le plan du droit les *khâridjites* ne se distinguent des sunnites que par d'insignifiants détails; ils rejoignent les *shî'ites,* (chiites) dans la croyance en l'*imâm* caché.

La *shî'a* ou schisme a rassemblé les partisans du califat d'Ali. La cause primordiale de la scission est le principe que le califat, ou *imâmat*, ne peut être soumis à l'élection; les trois premiers califes sont des usurpateurs car, pour les chiites, le pouvoir a été réservé expressément par la volonté de Mahomet « aux gens de la famille » *(ahl al-bait)*, issus d'Ali et de Fatima, fille du Prophète; le dernier de leurs descendants étant décédé sans postérité, les chiites se refusent à croire à sa mort. C'est la théorie de l'absence *(ghaiba)* de l'*imâm*, mystérieusement disparu et caché, mais qui doit un jour réapparaître. La ligne de démarcation entre chiites et sunnites est tracée par ce dogme. Sur le plan du droit, l'hétérodoxie chiite ne se distingue de l'orthodoxie que par des différences à peine plus sensibles que celles qui séparent les quatre rites sunnites; on avait ainsi songé à reconnaître comme une cinquième école le rite *dja'farite,* religion officielle de la république islamique d'Iran.

En dépit des conflits politiques fondés sur la multiplicité des souverainetés territoriales, le droit musulman se présente aujourd'hui comme un *corpus juris* dont les principes généraux sont admis par la *Umma* tout entière, représentée par plus de 50 États islamiques; chez les sunnites il n'y a pas de divergence fonda-

mentale mais des particularismes juridiques suscités par les écoles. La différence des chiites est surtout constitutionnelle en raison de la place réservée à la descendance d'Ali. Le trait qui aujourd'hui domine l'univers islamique est cependant la disparité dans l'application de la *Sharî'a* ; d'aucuns – peu nombreux dans l'immédiat – tendent à une stricte application du droit ou aspirent à tout le moins à cette re-islamisation des droits nationaux pervertis par les influences coloniales et occidentales ; d'autres prétendent ne retenir que le seul donné coranique. Tous, en revanche, s'accordent pour une application sans concession du droit de la famille ; celui-ci, en effet, est le seul à avoir résisté aux réformes ; il est partout appliqué; seul, il constitue, aux yeux de l'Occident, le droit musulman, celui dont les prolongements positifs demeurent sensibles sous des cieux non islamiques.

L'organisation de la famille préislamique est de conception patriarcale, un patriarcat que le Prophète a laissé subsister tout en s'efforçant de l'atténuer. La famille musulmane est avant tout une parenté de mâles. Un petit nombre de femmes (les épouses, les filles) y ont une place définie ; la parenté utérine n'y donne de droits héréditaires qu'à titre tout à fait exceptionnel. Cette conception patriarcale sera théorisée par les docteurs de l'islam (chap. préliminaire, Les sources du droit) ; elle se traduit dans le mariage (chap. I), la répudiation (chap. II), la filiation (chap. III), la protection du mineur (chap. IV) et les successions (chap. V).

Lire aussi

- Bleuchot H., *Droit musulman*, t. 1 : *Histoire*, Aix-en-Provence, 2000; t. 2 : *Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix-en-Provence, 2002
- Gaudefroy-Demonbynes M., *Les institutions musulmanes*, Paris, 1946
- Massignon L., *Opera minora*, Paris, 1969, 3 vol.
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Schacht J., *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950
- Schacht J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, trad. P. Kempf et A. M. Turki, Paris, 1983

Les citations du Coran sont empruntées à la traduction de D. Masson, Paris, 1967

Chapitre préliminaire

Les sources du droit musulman

La pensée démocratique que la volonté du nombre peut faire la loi, en s'exprimant par les différents modes de suffrage, est une idée qui n'a jamais pénétré l'Islam. En terre musulmane, la loi doit être respectée parce qu'elle est la volonté du pouvoir et que cette volonté reflète ou incarne celle de Dieu : l'ordre légal, en Islam, repose donc sur le Coran, qui est une Révélation, et sur l'exemple de Mahomet, indiqué par les *hadîth* ou traditions orales qui représentent le commentaire de la Révélation. L'ensemble des *hadîth* ou *traditions* constitue la *Sunna* ou Voie droite. La réunion des prescriptions de la *Sunna* et du Coran forme la Loi, dite *Shar'* ou *Sharî'a,* c'est-à-dire la Route (section 1 - Les sources sacrées). Lorsque ces deux premières sources se révéleront insuffisantes ou contradictoires, la création législative s'imposera sur le fondement de la Révélation et de son Commentaire. Deux sources dérivées de la *Sharî'a* font alors leur apparition l'*'idjmâ',* assentiment de la Communauté, et le *Kiyâs*, déduction analogique (section 2 - Les sources dérivées de la *Sharî'a*). À partir du X[e] siècle la création législative se tarit, suscitant l'apparition, dans les interstices du *Shar',* de nouvelles sources de normes juridiques : la coutume et la jurisprudence (section 3 - Les sources spontanées). Dans les pays musulmans où un pouvoir central s'est très tôt établi et maintenu, c'est le règlement *(kânûn),* décret ou ordonnance du souverain, qui pourvoira aux besoins nouveaux, préparant l'avènement, dans l'État musulman, de la loi,

expression de la technique législative moderne (section 4 - Le *ḳânûn*).

Section 1
Les sources sacrées

Le Coran (*Kor'ân*, proclamation), parole d'Allah, transmise au Prophète en des révélations successives, par l'entremise de l'ange Gabriel, est la source mère, la Loi de l'Islam dans sa forme originelle. Sur cette base première de la religion musulmane s'élèvera une doctrine de devoirs envers Dieu et envers les hommes. La Loi de l'Islam, comme la Loi de Moïse, réunit ainsi religion, morale et droit. Il y a en Islam une liaison intime entre la naissance et la formation de la religion et le développement du droit; il est impossible de les séparer (I). Le Coran cependant ne permet pas, à lui seul, l'intelligence de l'Islam. Dès le lendemain de la mort de Mahomet il a fallu régler la vie interne de la Communauté. Plus tard il faudra donner aux musulmans établis dans des pays lointains des directives pour ordonner les relations entre l'Islam conquérant et les peuples soumis, suivant des rapports de droit jusque-là inconnus en Arabie. Désireux d'élever sur la religion un système de gouvernement, les premiers dirigeants vont alors se tourner vers le Prophète et rechercheront sa volonté, exprimée par ses dires, ses actes, ses comportements. À côté du Coran apparaît ainsi une deuxième source, qui est un premier développement de la Loi écrite: source qui n'est plus de révélation, mais source sacrée cependant car d'inspiration divine (II).

I - Le Coran

Le Livre *(Kitâb)* se compose de 114 sourates *(sûrat)* ou chapitres, divisés eux-mêmes en 6 219 versets (*ayât,* signes miraculeux), phrases ou ensemble de phrases exprimant une ou plusieurs pensées complètes. Il est inutile d'y rechercher un groupement par matières, procédant d'un ordre logique ou his-

torique. Le classement des sourates a été opéré suivant leur longueur, en commençant par une sourate d'ouverture *(fâtiha),* qui, elle, est très brève. À l'intérieur de chaque chapitre les versets se succèdent sans aucun lien. La conservation littérale de la parole de Dieu a été entourée de précautions particulières. À la suite de chaque Révélation, le Prophète confiait le texte, tel qu'il l'avait retenu, à la mémoire des *Compagnons* ou en faisait prendre note écrite sous sa dictée. Après la mort du Prophète, Abu Bakr ordonna une révision du texte pour mettre fin aux variantes et une recension des documents pour en éviter la perte, irréparable après la disparition des « mémoristes ». Ceux qui « savaient le mieux » le Coran se mirent à l'œuvre. Ils réunirent le texte en un cahier *(mushaf)* qui demeura entre les mains d'Omar, deuxième calife ; la fille de ce dernier, Hafsa, veuve du Prophète, l'aurait ensuite déposé sur le tombeau de son époux. La fixation définitive du texte serait l'œuvre d'Othman, troisième calife, et d'al-Hadijdjadj, entre les années 35 et 75 de l'hégire. Chaque verset est une énonciation *(khitâb)* portant injonction *(taklîf)* par ordre *(amr)* ou défense *(nahy).* De tout verset du Coran naît ainsi un *hukm*, décision analogue à un jugement, qui est une règle légale particulière. La Loi de l'Islam n'a pas pris naissance dans des principes, mais dans des décisions isolées, intervenant à point nommé pour résoudre une difficulté, mettre fin à un litige. Le texte explicite *(nass)* oblige le croyant à une obéissance absolue ; qui conteste est un mécréant *(kafîr),* qui désobéit est un dévoyé *(fâsik).* Dans son ensemble, le Livre a été jugé par Allah lui-même comme une œuvre parfaite : *Aujourd'hui, j'ai rendu votre Religion parfaite. J'ai parachevé ma grâce sur vous, j'agrée l'Islam comme étant votre religion* (Coran, V-3). *Nous n'avons rien négligé dans le Livre* (Coran, VI-38). *Nous avons fait descendre le Livre sur toi, comme un éclaircissement de toute chose* (Coran, XVI-89). C'est le miracle de l'*i'djâz,* impossibilité pour quiconque de produire une seule sourate d'une pareille éloquence (Coran, II-23 ; X-36 ; XVII-88). Code de la vie religieuse et sociale, il a tout prévu, tout réglementé, implicitement ou explicitement. Qu'une situation nouvelle se présente, qu'un besoin

nouveau se crée, il devra et il pourra toujours y être pourvu à l'aide des principes qui s'y trouvent posés. Mais ces principes, eux-mêmes, sont immuables : toute réforme qui leur serait apportée constituerait une nouveauté blâmable *(bid'a)*, c'est-à-dire une hérésie. De fait, il est une base fort étroite pour la construction juridique musulmane. 600 versets à peine relèvent du droit proprement dit. Encore faut-il y comprendre, à côté du mariage et de la dévolution successorale, des matières comme la guerre sainte, l'aumône et la dîme, qui règlent les rapports de l'individu avec la société. La lecture vraie du Coran ne peut donc être faite qu'avec le secours de ses commentaires *(Tafsîr)*.

II - La *Sunna*

La *Sunna,* c'est l'excellent exemple du Prophète (Coran XXXIII-21). Le comportement de l'Envoyé de Dieu indiqué par la parole *(takrîr)*, l'action *(fi'l),* le silence *(sukût)*, trace, pour le croyant, la voie à suivre. Bien que rien n'ait été négligé dans le Livre (Coran, VI-38), Mahomet est obligé fréquemment d'intervenir. On va considérer que son œuvre était inspirée par Dieu et a été accomplie sous le privilège de l'infaillibilité *('isma)*. Dès lors, la *Sunna*, encore que non issue de Révélations, a la même valeur légale que le Coran: elle est obligatoire pour les fidèles. C'est pourquoi les musulmans orthodoxes s'intitulent *gens de la Sunna et de l'accord.*

Lorsque le Prophète ne fut plus là pour régler les difficultés quotidiennes, lorsqu'il fallut poursuivre l'organisation posée par lui pour les petites sociétés patriarcales d'Arabie, l'adapter aux développements de la vie interne de l'Islam et aux législations des pays conquis, on rechercha les solutions nécessaires dans l'exemple du Maître, en poussant aussi loin que possible l'interprétation de sa pensée. Témoins de sa vie, les *Compagnons* étaient les plus qualifiés, avec les *Suivants*, de perfection moins éminente, pour rapporter ses paroles et ses gestes. Cette première génération, qui a survécu à Mahomet pendant une quarantaine d'années – l'âge d'or de l'Islam – est censée avoir

consciencieusement observé sa conduite. Les *Adeptes des Suivants* s'appliquèrent ensuite à recueillir, consigner avec soin et communiquer tout ce qu'ils pouvaient ou croyaient savoir de cet ordre de faits. La *Sunna*, dite « authentique », semble bien être, à l'origine, la coutume pratiquée sous les yeux du Prophète, avec son assentiment exprès ou tacite, et soigneusement enregistrée par eux. Une masse énorme de notations, ainsi réunie, va préciser, expliquer et compléter le Coran. Dès le premier siècle de l'hégire, la *Sunna* revêt la forme du *hadîth*, récit rapportant un trait ou une décision attribuée à Mahomet, document probatoire *(hudjdja)*, dont la rédaction comprend deux parties. D'abord une chaîne *(silsilat)* de personnages autorisés attestant que la transmission *(riwâya)* du récit s'est faite successivement de l'un à l'autre, en remontant du dernier *râwi* jusqu'au premier transmetteur, qui l'a reçue d'un *Compagnon* ; c'est l'*isnâd*, garant de la véridicité du *hadîth* : « Un tel nous a raconté, d'après un tel qui le tenait d'un tel, lequel l'avait reçu d'un tel… que… » (ici commence le texte proprement dit, ou *matn*, du récit). Dans cette formule type un nouvel instrument législatif fait son apparition; il va être appelé à une fortune prodigieuse. Dès lors, en effet, que l'on tient pour correcte toute façon d'agir ou de juger qui peut être justifiée par une tradition rattachée à un *Compagnon*, lequel, témoin oculaire ou auriculaire d'un comportement du Prophète, l'aura donnée comme exprimant la volonté de celui-ci, la *Sunna* devient un moyen tout indiqué de combler les lacunes laissées par la parole incomplète du Coran, une source fondamentale du droit. La nécessité d'authentifier les dires, faits et gestes du Prophète a fait l'objet de la science du *hadîth* qui vérifie (A), hiérarchise (B) et classe (C) les traditions.

A - La véracité de l'*Isnâd* et du *matn*

La partie essentielle de la science nouvelle est la critique de la chaîne des transmissions. L'*isnâd*, va faire l'objet de l'examen le plus minutieux. Le *matn*, ou récit, prêtera beaucoup moins à intervention.

Critique de l'*Isnâd*. L'examen qui conclut à la prise en considération *(i'tibâr)* porte d'abord sur le mérite des personnages qui composent la filière. L'information du transmetteur est considérée comme un témoignage et soumise aux mêmes règles, tant en ce qui concerne la capacité du témoin que la réception du texte et sa fixation par l'audition ou l'écriture. La qualité de l'*isnâd* dépend donc de l'honorabilité *('adl)*. On en arrive ainsi à classer les principaux transmetteurs en « autorités fortes ou faibles ». Le fait de la régularité et de la continuité de la transmission; la circonstance qu'un autre transmetteur originel a rapporté le même *hadîth* ; ou qu'une deuxième tradition est venue corroborer, même sous la forme d'un texte différent, le texte de la première, confère à l'ensemble une valeur intrinsèque essentielle. Les maladies du *hadîth*, dont le diagnostic ou dénonciation *(ta'allîl)* altère la qualité, se rencontrent donc le plus souvent dans l'*isnâd*.

Critique du *matn*. Mais le vice peut aussi provenir du texte. Par exemple : le *hadîth* est anormal en ce sens que son premier transmetteur est en contradiction avec la généralité des autres. La pire des tares est la fabrication de toutes pièces du récit, que l'on fait précéder d'un *isnâd* correct; on a alors un *hadîth* supposé. Enfin les traditions peuvent être contradictoires; il faut alors les concilier en examinant les causes de préférence qui militent en faveur de tel texte plutôt que de tel autre.

B - Hiérarchie des *hadîth*

Suivant que le *hadîth* est indemne de ces vices ou qu'il en est atteint, il est parfait *(sahîh)*, bon *(hasan)*, ou faible *(da'îf)*.

Sahîh. Les *hadîth* « parfaits » sont, d'abord, ceux qu'ont réunis deux auteurs, appréciés entre tous : Al-Bukhârî (m. 870) et Muslim (m. 875) dans deux ouvrages différents, appelés *Authentiques (al-Sahîhîn)* parce que les textes apocryphes en ont été très sévèrement éliminés ; Al-Bukhârî, par exemple, n'a retenu que 8 000 traditions sur plus de 300 000 parvenues à sa connaissance. Mais la matière du *hadîth* parfait n'en est pas pour autant épui-

sée, car la perfection est susceptible de degrés ; et l'on distingue à cet égard: *a)* les traditions rapportées par les deux auteurs ; *b)* celles rapportées par un seul d'entre eux ; *c)* celles qui n'ont été admises par aucun d'eux mais remplissent les conditions exigées par tous deux; *d)* celles qui remplissent les conditions exigées par un seul ; *e)* enfin le *hadîth* parfait selon l'opinion des autres auteurs. La perfection de ces cinq catégories de traditions est incontestable. Mais, pour la plupart des auteurs, le *hadîth,* de par sa nature de témoignage, n'en demeure pas moins une opinion, toujours susceptible, en tant que telle, d'être discutée, a moins que le *hadîth* ne soit *mutawatar*, c'est-à-dire réitéré par un nombre de personnes suffisant pour que leur accord n'ait pu être le résultat d'une entente frauduleuse.

Hasan. Les *hadîth* « bons » sont ceux de provenance connue, rapportés par des transmetteurs notoires. Théoriquement, il est difficile de les distinguer des *hadîth* parfaits. La question est tranchée, en pratique, par le fait que les textes ainsi qualifiés ont été groupés dans des recueils et sont mis en œuvre par tous les jurisconsultes. Les *Sunan* de Tirmidhî (m. 892) sont l'ouvrage fondamental en la matière ; le recueil d'Abû Dâwûd (m. 888) en contient encore beaucoup; le *Musnad* de Ben Hanbal (m. 855) mérite moins de confiance.

Da'îf. Tous les autres *hadîth* sont « faibles ».

C - Présentation des *hadîth*

Le classement méthodique des traditions s'est fait au IXe siècle, suivant deux méthodes différentes: *Musnad* et *Musannaf*. L'une réunit les textes autour du nom du dernier témoin, cité dans la chaîne, avant l'énoncé du récit et pris, dès lors, comme rubrique ; les chapitres de l'ouvrage regroupent ainsi les témoignages successifs des proches du Prophète: *Compagnons* (notamment, Ali, Abu Bakr, Omar), fille (Fatima), épouses (notamment: Aicha), etc. ; on a alors le *Musnad*, ouvrage dont le type est le *Grand recueil*, ainsi nommé, de Ben Hanbal, fondateur de la quatrième École, qui contient 30000 *hadîth* remontant à 700 *Compagnons* du Pro-

phète. La deuxième méthode est celle du *Musannaf* (rangement) ordonné en chapitres correspondant aux différentes matières; dans le *Sahîh* d'Al-Bukhârî chaque *hadîth* est précédé d'un court en-tête *(tardjuma)* contenant de brèves indications sur la signification du texte, sur les opinions doctrinales auxquelles il a donné naissance, parfois un commentaire abrégé d'une question controversée dans laquelle l'auteur prend parti.

De l'amoncellement de récits, dont le nombre total atteint peut-être le million, la critique du *hadîth,* a dégagé un corps de textes qui est un premier et important développement de la Loi primitive formulée dans le Coran. Pour le musulman, le *hadîth* reconnu comme vrai par les autorités qualifiées est une interprétation ou commentaire de la parole de Dieu, en même temps qu'un thème d'imitation de la conduite de son Prophète. Finalement, le volume des récits tenus pour vrais et mis en œuvre comme tels est considérable, du double au triple de celui du Coran; et chaque texte a la valeur légale intrinsèque d'un verset du Livre, c'est-à-dire est l'équivalent d'un texte de loi formelle.

Section 2
Les sources dérivées de la *Sharî'a*

Lorsque la loi formelle, tirée des textes du Coran et de la *Sunna*, ne fournit pas la solution d'une difficulté posée, on peut faire appel à deux sources complémentaires de règles normatives. Tout d'abord, le consentement unanime de la Communauté musulmane peut affirmer solennellement la solution de la question nouvelle, non tranchée par le Livre et la Tradition; cette solution nouvelle lui est indiquée par les hommes qualifiés. Le fondement de la règle n'est plus en ce cas la volonté divine diversement manifestée, mais l'assentiment général *(idjmâ')* de la *Umma*, donné à un effort collectif de construction accompli par les savants. Le consensus communautaire n'est donc pas l'assentiment direct de la généralité des adeptes de l'Islam, c'est un accord de juristes. Quand la *Sharî'a* et l'*idjmâ'* font simulta-

nément défaut, il faut recourir au raisonnement analogique ou *ķiyâs* et, l'appliquant à la décision prise par le législateur dans un cas déterminé, en déduire l'application de la même règle à un autre cas, non prévu par la loi. *Idjmâ'* (I) et *ķiyâs* (II) sont deux critères décisifs nouveaux de la légalité, reposant l'un et l'autre sur un effort d'élaboration de la règle normative; cet effort c'est l'*idjtihâd* (III), monopole de certains juristes, ceux qui sont qualifiés *mudjtahid*, en raison de leur compétence particulière.

I - L'*Idjmâ'* ou assentiment de la communauté

Comment cette troisième source du droit est-elle apparue (A)? Comment cet assentiment communautaire se manifeste-t-il et quelles en sont les limites (B)?

A - Fondement de l'*idjmâ'*

L'institution est coranique; elle puise son fondement dans le verset IV-115: *Quant à celui qui se sépare du Prophète après avoir clairement connu la vraie Direction et qui suit un chemin différent de celui des croyants Nous nous détournerons de lui, comme lui-même s'est détourné. Nous le jetterons dans la Géhenne*. Tout ce qui a l'approbation générale des adeptes de l'Islam est donc juste et doit être obligatoirement reconnu. Qui le nie est un mécréant. Les *hadîth* sont plus explicites: « Ce qui a paru bon aux Musulmans est bon au regard de Dieu ». « Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur ». « Vous êtes les meilleurs des hommes et il est de votre devoir d'ordonner que les hommes fassent ce qui est juste et d'interdire qu'ils fassent ce qui est injuste ». « Celui qui se sépare du peuple de la distance d'un empan mourra de la même mort qu'aux jours de l'ignorance ». Dès lors sont considérés comme ayant seuls une autorité doctrinale les hommes et les écrits reconnus comme tels par le sentiment général de la Communauté. Le consentement général peut ainsi être défini comme une forme indirecte de la Révélation. Lorsque le peuple, guidé par ses savants, affirme que telle est la règle de droit, tout

se passe comme s'il avait été inspiré par Dieu. Tel est le sens de l'infaillibilité reconnue à la Communauté ; c'est une grâce spéciale *(karâma)* concédée à la *Umma*.

Comment l'*idjmâ'* est-il devenu source du droit ? Lorsque la mort du Prophète va priver la Communauté de l'autorité qui pourvoyait aux innovations nécessaires, la conception religieuse et politique de l'Islam, profondément démocratique et individualiste à l'origine, devait conduire à l'exercice du pouvoir par la masse des fidèles. Le consensus devenait indispensable. Les négociateurs qualifiés pour obtenir ce consensus furent logiquement les *Compagnons*, les *Suivants* et leurs *Adeptes* qui, ayant bien connu le Prophète, étaient tenus pour savants. Le premier mérite de cet *idjmâ'* originel, de ce consentement général, va être de garantir l'authenticité des autres sources ; il va devenir le fondement de leur autorité juridique et historique. Par une chaîne ininterrompue de témoignages successifs, la Communauté atteste l'existence de Mahomet, la sincérité de la rédaction du Coran et de la *Sunna*. Du premier au quatrième siècle de l'hégire, ce pouvoir de la Communauté va subir des restrictions pour une raison politique : le gouvernement de l'empire arabe nécessite une organisation très différente de la *Umma* que Mahomet pouvait rassembler autour de lui pour lui communiquer ses décisions. L'idée, venue de Perse, d'un pouvoir absolu, à la poursuite duquel vont s'attacher les califes, se substitue bientôt à la conception démocratique et cherche son appui dans la religion et l'autorité des théologiens. Ces derniers vont donc chercher à restreindre l'étendue de l'*idjmâ'* dans le temps et dans l'espace, pour aboutir finalement, au VIe siècle de l'hégire, à une synthèse qui va se concrétiser dans le rôle doctrinal attribué aux *mudjtahid*. L'*idjmâ'* est dès lors la doctrine qui résulte de l'accord des théologiens-juristes qualifiés *(mudjtahid)* appartenant à une même génération *(karn)*. Si les sunnites admettent tous ce principe, les chiites sont, en revanche, divisés : certains auteurs refusent toute autorité à l'accord doctrinal, d'autres l'admettent, sur le fondement de la présomption que l'entente des *mudjtahid* proclame l'opinion de l'invisible imam. La dévolution du

pouvoir de décision au corps des *mudjtahid* est justifiée par le raisonnement suivant: Dieu a déclaré complète la religion musulmane qui est éternelle et Mahomet est son dernier prophète. Le petit nombre de règles posées dans le Coran et la *Sunna* ne permet pas de résoudre tous les problèmes qui surgissent. Il est donc nécessaire de déduire des textes des solutions nouvelles. Comme les savants sont seuls compétents pour le faire, leur accord, s'il est conforme aux exigences de l'Islam, est vérité; hors de lui, tout est erreur et mécréance. Ainsi les *mudjtahid* peuvent élaborer la règle d'*idjmâ'*. Ils tiennent ce pouvoir de versets et *hadîth* tels que: « Obéissez à Dieu, au Prophète et à ceux parmi vous qui ont l'autorité »; « Si vous-mêmes ne savez, interrogez ceux qui savent »; « Consultez-les dans les affaires »; « Nous vous avons fait suivre la voie du milieu pour que vous puissiez être témoins de la vérité aux autres ». Chacun d'eux doit être apte à déduire du Coran et de la *Sunna*, à l'aide du raisonnement logique, les règles normatives, c'est-à-dire avoir de la *Sharî'a* la connaissance la plus étendue. Individuellement, il leur arrivera de se tromper; il y aura dans l'Islam des hérésies, des schismes; mais, dans son ensemble, le corps des ulémas ne saurait errer.

B - Comment doit se manifester cet accord?

En principe, l'*idjmâ'* requiert le consentement unanime des *mudjtahid* qui existent au moment où la règle est formulée. Telle est la théorie admise par les quatre rites qui sont, pour cette raison, appelés *gens de la Tradition et de l'accord*. Des nuances cependant séparent les écoles: les hanbalites n'acceptent que l'accord des *Compagnons*. Les malékites ne reconnaissent que l'*idjmâ'* des *Compagnons* et des *Suivants* de Médine, ville du Prophète, qui a gardé plus fidèlement que les autres le souvenir vivant de la Tradition. Et les *hadith* appuient cette thèse: « Médine chasse son impureté comme le feu enlève la rouille du métal »; « L'Islam reste attaché à Médine comme le serpent à son trou ». Mais les autres Écoles n'admettent pas cette préexcellence. L'*idjmâ'*,

par ailleurs, n'est pas limité à une époque et à une région ; en principe, en tout temps et en tous lieux, l'accord des docteurs assure la conservation de la Vérité. Les chiites, particulièrement les sectes imumite et zaidite, n'admettent comme *idjma'* que l'avis collectif des descendants du Prophète. Une règle d'*idjmâ'* est considérée comme établie lorsque la Communauté, par l'organe de ses *mudjtahid*, a sanctionné, expressément ou implicitement, une pratique ou un précepte déterminé et ne s'en est jamais écartée. Lorsque cet accord de tous les *mudjtahid* de la même époque (*karn*) intervient, la norme n'est pas encore fixée ; il faut attendre la disparition de leur génération pour que l'*idjmâ'* soit définitivement établi et imposable aux générations suivantes. Le *karn* représente la période de temps pendant laquelle les jurisconsultes qui se distinguent par les mêmes qualités (*Compagnons*, *Suivants*, *Adeptes*, par exemple) ont suivi le même système. Cela n'empêche pas que l'*idjmâ'* établi à une époque ne puisse être remplacé par un autre *idjmâ'*. Les écoles divergent seulement sur le point de savoir si l'*idjmâ'* des *Compagnons* peut être abrogé. L'*idjmâ'*, troisième source du droit, a pu ainsi prolonger efficacement la Révélation. L'*idjmâ'* sera le véhicule de tous les concepts nouveaux, déployant notamment dans le domaine de l'activité juridique, particulièrement dans le droit conventionnel, une remarquable faculté d'assimilation, en islamisant certaines institutions qu'il trouve dans la législation des pays conquis ; tels par exemple les obligations et contrats du droit romain. Mais le succès même de son œuvre d'organisation islamique va devenir pour lui une cause de faiblesse. Passées les trois premières générations de musulmans, il sera bien difficile de faire fonctionner régulièrement le mécanisme de l'*idjmâ'*. Dans un empire arabe qui s'étend désormais de l'Atlantique à la Chine et en l'absence d'autorité qualifiée pour rechercher l'accord des *mudjtahid*, il est devenu impossible de distinguer le simple courant doctrinal du véritable *idjmâ'*. Comme il n'y a plus de *mudjtahid* après le Xe siècle, le silence des juristes n'a certainement pas la valeur d'une opinion ; l'*idjmâ'* désormais sans emploi, n'a plus qu'une existence symbolique.

II - La déduction analogique: *kiyâs*

À défaut des trois premières sources de la Loi : Coran, *Sunna*, *Idjmâ'*, qui dépendent plus ou moins de l'inspiration et qui sont, dès lors, infaillibles, il faut faire appel au raisonnement analogique *(kiyâs),* qui est un critère humain, donc faillible. Il ne s'agit pas d'une interprétation ordinaire de la Loi *(tafsîr)*, ni d'un jugement individuel, partant susceptible de fantaisie et d'arbitraire; il s'agit d'un raisonnement systématique, discipliné par les règles de l'analogie. La solution du cas soumis à l'examen peut être trouvée dans un cas semblable, déjà résolu par un texte; c'est l'analogie légale. À défaut de texte pouvant servir de base au raisonnement, on peut rechercher la solution qui correspond le mieux à l'esprit général des règles posées par la Loi, envisagée dans son ensemble; c'est l'analogie de droit. Les théologiens des deux premiers siècles sont franchement hostiles à l'usage du *kiyâs* ; ils estiment que la Révélation coranique a exclu de façon univoque tout recours au raisonnement analogique: *Nous n'avons rien négligé dans le Livre* (Coran, VI-38); car celui-ci est *un éclaircissement de toute chose* (Coran, XVI-89). Le *kiyâs* finit cependant par s'imposer. L'argument le plus fort en sa faveur était la nécessité de déduire du petit nombre des textes explicites de la *Sharî'a* tout ce qu'ils pouvaient contenir. Le premier à appliquer systématiquement le nouveau raisonnement fut Abû Hanifa d'où le nom de « rationalistes » *(ashâb al-râ'y)* donné aux adeptes de son école, pour les distinguer des traditionnistes purs *(ashâb al-hadîth).* Les autres Écoles, notamment celles de Malik et de Chaféi, sans le bannir de leur système, ont donné au raisonnement analogique une importance beaucoup moins grande. Quels sont les éléments du *kiyâs* (A) ? Comment mettre en œuvre le raisonnement (B) ?

A - Les éléments du *kiyâs*

Le *kiyâs* est une méthode par laquelle une règle posée par un texte – verset, *hadîth*, solution d'*idjmâ'* – est appliquée à des cas non compris dans ses termes, mais commandés par la même

raison. Par exemple, la prohibition de l'échange du grain (blé, orge) avec excédent *(riba)* qui constitue un prêt usuraire (dix mesures remises contre onze rendues) a été étendue à l'opération semblable portant sur les dattes sèches et le raisin sec. L'analogie est une combinaison de la révélation avec la raison humaine; c'est une source subsidiaire des trois premières sources dont elle est dépendante. Ses éléments constitutifs sont: 1. Le texte qui sert de terme de comparaison et auquel le procédé analogique est appliqué. 2. La question à résoudre, la situation à caractériser. 3. Le trait d'union entre les deux questions ou situations, qui est la raison *('illa)* du texte édicté, raison qui se retrouve identiquement dans la situation juridique à résoudre, créant ainsi l'analogie entre les deux cas. 4. L'extension analogique de la solution du cas tranché au cas soumis, effet légal de l'analogie et qui suit comme un corollaire la constatation de l'existence d'une même *ratio legis* dans les deux cas. Tout le problème est de découvrir la *'illa,* c'est-à-dire de savoir quel est l'élément à considérer comme la raison qui a conduit le législateur à décider, dans le cas résolu, pour examiner ensuite si la même raison existe dans le cas à résoudre. Il ne suffit donc pas d'une analogie formelle, extrinsèque. Il arrive, par exemple, que la loi permette, dans certaines circonstances, des faits qu'en général elle déclare illicites. Le verset VI-152, pose le principe de l'état de nécessité: *Nous n'imposons à chaque homme que ce qu'il peut porter*. C'est dire qu'à l'impossible nul n'est tenu. Celui qui, contraint par la nécessité, mange de la chair de porc ou d'animaux non égorgés rituellement, ne sera pas coupable s'il est menacé de mourir de faim. L'état de nécessité est bien le seul que le législateur ait ici considéré; il est *mu'aththir* (marquant). Par analogie, toutes les fois que l'on rencontrera le même état, on décidera qu'il n'y a pas culpabilité à enfreindre la règle posée. C'est le principe général que la nécessité rend licites les choses défendues. Une multitude d'actes interdits seront tenus pour licites par application de cette règle: vol d'aliments, homicide en cas de légitime défense. Cette raison d'être *('illa)* de la loi est le signe qui fait connaître que la règle posée par un texte

peut être appliquée à un cas non envisagé dans ses termes. Dès lors que cette raison est connue, le juriste, procédant par analogie, applique la loi ainsi motivée au cas dans lequel il aperçoit une même raison de statuer. C'est le *ta'lîl*. Selon une doctrine unanime, le législateur édicte la loi dans une fin de sagesse *(hikma)* ou d'intérêt général *(maslaha)*. Quand la *'illa* attribuée à une loi peut être rattachée à cette fin, on dit qu'elle est en rapport avec elle. La raison de la loi doit donc être définie et précisée. Elle est une qualité intrinsèque, un fait, une circonstance, un événement qui contient la *ratio legis* tout entière, de sorte que, toutes les fois qu'apparaît dans une autre situation la même raison, la même règle s'applique comme une conséquence nécessaire.

B - La mise en œuvre du *kiyâs*

Établir quelles sont les raisons d'une règle posée par une loi, qu'il faut éliminer comme inaptes à fonder une déduction analogique, est un travail abandonné au jugement du *mudjtahid*. Le respect des règles suivantes doivent, en principe, guider son choix. Certaines sont relatives à la *'illa* proprement dite, d'autres concernent le texte.

Le choix de la *'illa*. Ce choix est subordonné au respect de trois règles : la déduction fondée sur la *'illa* ou raison du texte qui a la plus grande autorité légale (1. Coran ; 2. *Sunna* ; 3. *Idjmâ')* prévaut sur toute autre. La raison dont l'effet juridique est le plus étendu vient ensuite. La raison qui fonde le plus grand nombre de textes est considérée comme ayant plus d'efficacité juridique qu'une autre.

Le choix du texte. Pour que la déduction analogique soit valable, il faut encore que le texte qui sert de comparaison et auquel il est fait application du raisonnement réponde à certaines conditions :
— Il ne doit pas se référer à un ordre particulier de faits. Par exemple les versets du Coran qui s'appliquent au seul Prophète, ne peuvent être étendus par la voie de l'analogie.

— La loi ne doit pas être telle que sa raison transcende l'intelligence humaine. Faute de savoir, par exemple, pourquoi Dieu a fixé au quart et au huitième les parts successorales respectives du mari et de la femme, il est impossible d'utiliser ces textes comme bases de déduction analogique.
— Une déduction analogique ne peut être fondée sur une règle posée par une autre déduction analogique. Analogie sur analogie ne vaut. Si, en effet, la proposition déduite est fondée sur la même raison que le texte de loi qui a servi de comparaison, il est superflu de s'y référer ; mieux vaut se reporter au texte lui-même. Au cas contraire, la déduction était fausse. À l'inverse, une déduction analogique ne peut en abroger une autre. Si deux déductions sont en conflit, le *mudjtahid* est libre d'accepter celle qu'il juge la plus correcte. La valeur d'une règle de *kiyâs* dépend de la valeur du juriste qui l'a formulée, et il n'existe, dans ce domaine d'activité, aucune présomption d'infaillibilité.
— La règle déduite ne doit pas être contraire au texte de la loi dont elle a été extraite. L'analogie, source subordonnée de la loi, serait inefficace si elle était en opposition avec le texte pris comme terme de comparaison. Par exemple : un protégé chrétien ou juif *(dhimmî)* peut répudier sa femme dans la forme ordinaire, dite *talâk*. Par analogie, les chaféites lui reconnaissent le droit de dissoudre l'union conjugale en prononçant la formule d'assimilation injurieuse ou *zihâr*. Les hanéfites objectent que le mari peut éviter par une expiation les effets du *zihâr*, ce qui est une chose impossible pour un non-musulman. La déduction est donc contraire au texte.
— La règle déduite ne doit pas être comprise dans les termes du texte de la loi à laquelle est appliqué le raisonnement analogique. Elle serait superflue si elle y était contenue. Par exemple les chaféites soutiennent que le mot *Khamr* désigne non seulement le vin, mais encore toute liqueur susceptible d'enivrer et appliquent la prohibition formulée par le Coran II-219 et V-90-91 à toutes les boissons enivrantes. Les hanéfites refusent à cette déduction le caractère analogique ; ils la considèrent comme une

simple conséquence logique opérant exclusivement à l'intérieur du texte.

— La déduction analogique ne doit pas modifier la loi formulée dans le texte. Par exemple le mariage est interdit entre certains parents d'un homme et d'une femme qui ont eu des relations sexuelles. Malik exige que la relation soit intervenue à la suite d'un mariage régulier. C'est, selon les hanéfites, introduire dans la loi une condition nouvelle.

En définitive, la règle déduite par le raisonnement analogique ne saurait avoir la même autorité que celle posée par un verset du Coran, un *hadîth* ou une solution d'*idjmâ'* : elle est sujette à erreur, parce que fondée sur l'activité de la raison humaine; c'est un principe reconnu par tous que le juriste peut aussi bien être dans le vrai que se tromper. Dès lors il faut admettre que la solution de *kiyâs* est de nature doctrinale. Posée par un juriste, approuvée par les uns, contredite par d'autres, elle est sujette à controverses. Elle peut devenir un principe; elle n'est pas une loi. La déduction analogique peut cependant accéder au niveau légal; il lui suffit pour cela d'être acceptée par le corps des juristes. Elle devient alors une règle d'*idjmâ'* fondée précisément sur ce consensus des juristes et non plus sur la *'illa* revendiquée, en l'espèce, pour fonder le *kiyâs*. *Kiyâs* et *idjmâ'*, l'un opérant l'effort de création de la règle juridique et l'autre lui conférant le caractère de norme législative, sont donc deux sources rationnelles dérivées du Coran et de la *Sunna* dont elles mettent en œuvre la matière, en transformant leur substance. L'organe de ce travail est le *mudjtahid*, théologien-juriste réunissant certaines qualités qui lui confèrent l'*idjtihâd* ou pouvoir de créer la règle destinée à devenir une norme juridique.

III - L'*idjtihâd* ou création de la règle de droit

L'*idjtihâd* est un effort, c'est l'action de pénétrer le sens intime de la *Sharî'a* (Coran et *Sunna*) pour y puiser la règle applicable au cas concret à résoudre (A). Le *mudjtahid* est celui qui, sans

perdre de vue la règle stricte de la Loi, sait, au besoin, la diriger dans une voie nouvelle (*madhhab*) (B).

A - L'*idjtihâd*

Cette faculté de créer la règle juridique prend sa source dans le Coran et la *Sunna*. Pour ne s'en tenir qu'à la Révélation, le Coran (III-110) donne à la *Umma*, qui est *la meilleure communauté suscitée pour les hommes* la faculté d'ordonner *ce qui est convenable* et d'interdire, *ce qui est blâmable.* Or, le juriste qui interprète la Loi représente cette *Umma* et acquiert un mérite spécial, parce qu'il accomplit le devoir prescrit (Coran, II-159) de ne pas dérober à la connaissance des autres *les signes manifestes et la direction*. Pour ce faire Allah lui donne une grâce spéciale: *Voici des exemples que nous proposons aux hommes, mais ceux qui savent sont seuls à les comprendre* (Coran, XXIX-43); *Parmi les serviteurs de Dieu, les savants sont seuls à le redouter* (Coran, XXXV-28); il revêt le juriste d'une dignité éminente qui le distingue: *Ceux qui savent et les ignorants sont-ils égaux?* (Coran, XXXIX-9). L'interrogation a la valeur d'une affirmation; le verset LVIII-11, ne permet pas d'en douter: *Dieu placera sur des degrés élevés ceux d'entre vous qui croient et ceux qui auront reçu la Science*. Dès le lendemain de la mort du Prophète, l'*idjtihad* existe avant la lettre. Les quatre premiers califes, les autres *Compagnons* et *Suivants*, qui ont côtoyé le Prophète sont des *mudjtahid*. Lorsqu'ils interprètent un verset ou un *hadîth*, ils créent très régulièrement, par voie d'explication ou *tafsîr*, une règle juridique de même valeur que le texte interprété.

Dès la seconde moitié du VIIe siècle, les spécialistes imposent leur compétence; mais une garantie est aussitôt prise contre l'opinion isolée, toujours considérée comme une conjecture humaine: la doctrine individuelle du *mudjtahid* n'est pas obligatoire; seule l'unanimité des juristes de la même qualité lui conférera force de loi. C'est l'*idjmâ'*, forme collective de l'*idjtihâd*. Aux IIe et IIIe siècles de l'hégire, époque où se forment les grandes écoles, le terme *idjtihâd* va prendre, dans le contexte

territorial nouveau de l'empire arabo-musulman, sa signification technique et le titre de *mudjtahid* désignera, *post mortem*, « ceux qui, lumières de la science juridique, possèdent les dons moraux et intellectuels sans lesquels on ne peut acquérir assez l'intelligence du Verbe pour en élargir l'application aux nouvelles exigences du moment » (L. Milliot). La conquête de pays étrangers, partant la sujétion de peuples nouveaux, suscite des exigences difficiles à accorder avec le sens littéral des textes de la *Sharî'a*. Il faut concilier la Révélation avec la conduite de l'État. Les juristes y parviendront en appliquant au texte de l'Écriture sainte des méthodes scientifiques nouvelles, capables d'accélérer le développement des institutions juridiques. À l'ombre du califat théocratique se poursuit l'étude du droit, avec des matériaux désormais composites – collections de *hadîth*, coutumes, usages locaux, institutions étrangères – et suivant un travail spéculatif toléré, sinon requis, qui utilise la méthode de déduction logique. Toute cette activité juridique, dans laquelle il est difficile de ne pas reconnaître l'influence de la dogmatique grecque, s'exerçant aussi bien par sa méthodologie que dans ses dispositions particulières, a ajouté à la culture de l'Islam un élément nouveau. Le temps du *fikh* est venu.

Le *fikh* c'est l'intelligence de la Loi. Celui qui a la connaissance de la Loi et la capacité de l'interpréter est le *fakîh*. Le *mudjtahid* est plus que cela ; alors que le *fakîh* sait seulement le droit, le *mudjtahid* le sait et le fait. La recherche qui sous-tend son pouvoir créatif est directement orientée par le Coran qui pose en principe que Dieu a institué les lois pour le bonheur de la Communauté et le bien-être de l'individu (Coran, II-185 et XXII-78). En cas de doute ou dans le silence de la Loi, le critère décisif de la règle à appliquer sera donc l'intérêt général, le bien public *(maslahat al-'âmma)*. Comme les besoins de l'homme changent suivant les circonstances, les temps, les lieux, la règle de droit est sujette à évolution. Les *Compagnons* furent ainsi conduits à susciter de nouvelles normes, de nouvelles institutions.

À partir de ce premier principe d'évolution admis par tous, les hanéfites vont autoriser le *mudjtahid*, interprète de la Loi, à adopter un critère plus subjectif: lorsque le raisonnement analogique, dans sa rigueur, aboutit à une solution dont les conséquences sont susceptibles de causer un grave dommage, ils reconnaissent au juriste le pouvoir d'appliquer au cas qui lui est soumis la solution qui, dans les circonstances particulières de la cause, lui paraît préférable à celle que commande la logique juridique; en d'autres termes, de faire prévaloir la considération d'équité. La déduction s'incline ici devant un motif d'intérêt supérieur qui est l'équité. C'est l'*istihsân*, préférence juridique. Cette méthode, qui a beaucoup contribué au développement de la doctrine hanéfite, sera vivement attaquée par les tenants des autres rites, notamment les chaféites et les malékites qui en limiteront la portée.

B - Le *mudjtahid*

Le *mudjtahid* n'est donc pas un *fakîh,* un juriste ordinaire. Il lui faut, pour remplir son rôle, réunir des aptitudes peu communes: connaissances scientifiques et *'adala*, c'est-à-dire une honorabilité sans faille. On admet cependant que l'*idjtihâd* soit divisé en trois degrés successifs, partant que trois séries de *mudjtahid* aient pu se succéder, leur pouvoir créatif tendant à s'atténuer au fur et à mesure que l'on s'éloigne des origines, le terme de l'évolution se situant en l'an 300 de l'hégire (Xe siècle); l'*idjtihâd* disparaît alors, c'est la *fermeture de la porte de l'effort (insidad bab al-idjtihâd)*; pendant deux siècles encore des *mudjtahid* à pouvoir restreint vont évoluer au sein même des écoles; leur *idjtihâd* correspond en fait à un conformisme *(taklîd)*. Depuis ce temps-là, dira Snouck-Hugronge, « la législation musulmane se trouve amenée à un état de complet repos qui fait songer à l'immobilité d'un cimetière ».

1 - Les quatre fondateurs de rite

Une place à part doit être réservée au *mudjtahid* ayant le pouvoir général de réforme *(idjtihâd al-shar')*. Les théologiens-

juristes qui détiennent cette faculté ont, de ce fait, qualité pour interpréter le Coran et la *Sunna*, sans être limités par aucune règle. Il leur a été ainsi reconnu un pouvoir absolu et indépendant d'élaborer des lois. Ils ont pu également formuler des théories, édicter des principes de caractère général sur les méthodes d'interprétation et d'analyse. C'est grâce à leur autorité que furent considérés comme sources du droit, l'*idjmâ'*, l'analogie *(kiyâs),* les principes d'équité *(istihsân)*, du bien public *(maslahat)* et la coutume *('orf)*. Le nombre de ces jurisconsultes est limité aux quatre fondateurs de rites. Après eux il n'y aura plus que des législateurs à pouvoir restreint *(mukaiyad)*. Au cours du Xe siècle de notre ère, la communauté musulmane tout entière, à l'exception des kharidjites et des chiites, a reconnu l'orthodoxie des quatre écoles qui reposent sur le même fondement religieux. C'est une décision d'*idjmâ'*. Elle confère à chacun des systèmes des quatre *imâm* fondateurs la valeur d'un texte de loi formelle, analogue au Coran et à la *Sunna*. Mais les chefs d'écoles ont eu leurs propres disciples, qui s'adonnent au développement des doctrines particulières de leurs maîtres respectifs. L'exposé systématique des principes accélère la tendance à la séparation des rites. Les divergences d'opinions deviennent un sujet de discussions et de controverses auxquelles il faut mettre bon ordre. On va donc régulariser cette situation en admettant deux catégories nouvelles de *mudjtahid*.

2 - Mudjtahid revêtu d'un idjtihâd *relatif*

On reconnaît d'abord à certains juristes-théologiens le pouvoir de légiférer à l'intérieur du rite *(idjtihâd al-madhhab)* ; c'est l'*idjtihâd* relatif. Ils peuvent poser des normes juridiques selon les directives d'une école donnée, donc établir des règles pour les cas nouveaux, en appliquant les principes dictés par le chef d'école, mais non créer un procédé nouveau, une méthode nouvelle, un système de déduction. L'autorité de cette deuxième catégorie de *mudjtahid* vient, non pas d'eux-mêmes, mais des prédécesseurs dont ils ont été les disciples. Ayant connu personnellement les fondateurs de rites, ils sont considérés comme

les mieux qualifiés pour interpréter la pensée de ceux-ci. La même situation explique à un autre niveau l'autorité et les pouvoirs des *Compagnons* de Mahomet et des *Suivants*.

3 - Mudjtahid *revêtu d'un* idjtihâd *limité aux cas d'espèce*

Le pouvoir de légiférer dans des cas d'espèce *(idjtihâd fi-l-masâ'il)* permet de mettre en lumière la troisième catégorie de *mudjtahid*. Ceux-ci sont compétents seulement pour formuler des normes légales dans les cas non réglés par leurs devanciers du grade supérieur, pourvu toutefois que leur décision soit conforme aux principes de leur école. À partir du Vᵉ siècle de l'hégire, l'interdiction de créer de nouvelles écoles se double de l'interdiction d'attribuer la valeur de normes législatives aux solutions doctrinales. La règle de la *fermeture de la porte de l'effort* prend alors sa pleine et entière signification : plus de *mudjtahid* à compétence générale depuis la fin du IIIᵉ siècle de l'hégire ; plus de *mudjtahid* à compétence restreinte à partir du VIIIᵉ siècle. Le système juridique de l'Islam pouvait dès lors subir l'influence de deux autres sources : la coutume et la jurisprudence.

Section 3

'Orf et *'Amal* : coutume et jurisprudence

À partir du Xᵉ siècle, avec la disparition de l'*idjtihâd* et *la fermeture de la porte de l'effort*, la création législative se trouve gravement entravée. La vie se retire peu à peu d'un système juridique, désormais incapable de s'adapter aux besoins nouveaux. Alors vont apparaître des sources nouvelles de normes juridiques et prendre naissance et se développer un système nouveau, théoriquement insusceptible de réformer la loi divine, mais qui, en réalité, la supplantera dans toutes les matières où elle ne pourra plus être appliquée.

Dans les pays musulmans où l'organisation est longtemps demeurée anarchique, on rencontre la coutume *('orf)* et la jurisprudence *('amal)*, formations issues l'une d'un *consensus generalis*, l'autre de la répétition des précédents judiciaires. Droit écrit

et droit coutumier ne sont pas simplement juxtaposés mais interfèrent de l'un à l'autre, par une sorte d'osmose, et en un lent travail qui est l'œuvre de la jurisprudence.

I - La coutume

La coutume a joué un rôle important dans l'élaboration des normes juridiques de la *Sharî'a*. La *Sunna*, en effet, est, pour une grande part, une rédaction de l'*'orf* en vigueur à l'époque du Prophète, et l'*idjmâ'* une régularisation de pratiques de provenance diverse, souvent étrangère. En tant que source autonome, sa régularité est justifiée par le *hadîth* : « Ce que les croyants ont considéré comme beau est beau devant Allah » et par l'exemple des fondateurs de rite qui y puisèrent largement. Mais, ce principe de validité une fois admis, le rôle et l'importance de la coutume ont fait l'objet d'importantes controverses. La doctrine, cependant, est unanime pour ne pas attribuer à l'*'orf* la valeur d'une règle légale. Son rôle est d'adapter la loi plutôt que de la modifier. Dans la théorie du droit musulman, la coutume n'est donc pas une source légale : c'est une source spontanée secondaire et de caractère auxiliaire. Longtemps cette source a été méconnue. Les Anglais aux Indes, les Hollandais en Indonésie, les Français en Afrique du Nord furent ainsi amenés à constater que les musulmans ne sont pas nécessairement soumis à la *Sharî'a* et que la solution du problème des rapports entre le droit musulman et le droit coutumier, ne se trouvait pas dans une séparation et une opposition irréductibles de ces deux systèmes juridiques.

Dans tous les pays musulmans, la coutume a été, en effet, une source du droit positif. Là où le *shar'* ne répond plus aux besoins de la société musulmane, les institutions coutumières donnent au droit une vie nouvelle, sans rompre les liens qui le rattachent au passé, et en attendant une régularisation toujours réputée possible par la voie de l'*idjtihâd* et de l'*idjmâ'*. Il existe même des régions entières qui, tout en conservant leurs coutumes traditionnelles, ont accepté l'obédience de la religion isla-

mique, en sorte qu'en territoire musulman on distingue le pays d'*'orf* et le pays de *shar'*, comme, dans l'ancienne France, les pays de coutume et de droit écrit. En pays de droit musulman, la coutume est toujours sous-jacente; en pays de coutume, la présence du Coran et de la *Sunna* peut toujours être invoquée comme *ultima ratio juris*. De l'un à l'autre système il y a interférence continuelle, réalisée par la technique du précédent judiciaire répété, c'est-à-dire par la jurisprudence, qui est une deuxième source spontanée du droit musulman positif.

II - La jurisprudence

Elle est admise comme source du droit par toutes les écoles dont la formation est historiquement et partiellement indissociable de la jurisprudence. C'est ainsi que chez les malékites, l'*imâm* fondateur du rite a fait de la jurisprudence de Médine une source du droit à laquelle il a accordé le pas sur les *hadîth* authentiques. Les hanéfites et les hanbalites ont, de leur côté, suivi la jurisprudence de l'Irak; les chaféites, celle de la Mekke. Avec la décrépitude du *fikh*, la jurisprudence jouera un rôle de source auxiliaire, amplement démontré par la littérature juridique qui nous est parvenue à travers notamment les ouvrages de pratique judiciaire: Recueils d'actes juridiques *(wathâ'ïk)*, c'est-à-dire formulaires de notariat, nombreux dans tous les rites; les formules qu'on y trouve expriment les diverses règles jurisprudentielles; la jurisprudence, elle-même, se trouve analysée dans leurs commentaires. Recueils de *fatâwî* ou consultations juridiques; les réponses des consultants *(muftî)* les plus renommés ont été colligées et publiées; leur ensemble forme une littérature extrêmement abondante. Il existe enfin des recueils spéciaux de jurisprudence, avec commentaires analytiques et critiques dont certains comme *al'Amal al-Mutlak*, de Sidjilmâsi (m. 1214 hég.) sont de véritables recueils de jurisprudence générale se référant aux matières qui ont fait l'objet de décisions communes à tous les pays musulmans et ayant ainsi une portée et une application générales.

Une théorie classique de la jurisprudence, source du droit, tous rites confondus, peut être élaborée à partir de ces différents écrits; elle obéit aux règles suivantes, selon qu'il s'agit d'une jurisprudence locale, rattachée à tel ou tel pays, ou d'une jurisprudence générale applicable à l'ensemble de la Communauté.

En ce qui concerne d'abord la jurisprudence locale, la doctrine s'accorde pour que soit assuré le respect des trois règles suivantes: il faut, en premier lieu, que toute solution jurisprudentielle se rattache à l'opinion d'un juriste qualifié; il faut ensuite qu'elle soit inspirée par l'intérêt général ou par la nécessité; il faut enfin que son existence soit attestée par le témoignage de deux témoins honorables ou l'opinion d'un savant dont la science est éprouvée.

S'agissant ensuite de la jurisprudence générale, celle qui est commune à de nombreux pays musulmans ou à la plupart d'entre eux, le *fikh* accepte beaucoup plus facilement de reconnaître la valeur de la nouvelle règle juridique. Un point cependant demeure controversé: celui de savoir si la jurisprudence générale peut contredire une règle posée par le *Shar'* (Coran et *Sunna*). Une raison d'accepter la règle jurisprudentielle est que cette règle a été agréée par la Communauté islamique et doit, dès lors, être considérée comme ayant la valeur d'une solution d'*idjmâ'*. Un motif d'hésiter devant cette solution est qu'elle comporte une violation d'une règle du *Shar'*.

Tout ce système est très rationnellement construit. On comprend très bien que la règle jurisprudentielle locale ait le pas sur l'opinion majoritaire, car si sa base est l'opinion d'un jurisconsulte qualifié, elle est préférable à l'opinion majoritaire. On comprend aussi que la règle de jurisprudence générale soit acceptée telle quelle. L'hésitation marquée à l'égard de la violation du *Shar'* vient de ce que la notion d'*idjmâ'* n'a pas été déterminée avec une précision absolue. Envisagée au point de vue de ses méthodes, la jurisprudence musulmane s'attache ainsi, d'une manière générale, à suppléer la carence de la *Sharî'a* en présence des besoins de la pratique. Il lui arrive ainsi de régulariser des institutions étrangères au *Shar'* par leur origine aussi bien que

leur caractère. De tels exemples d'institutions jurisprudentielles contraires aux textes du *Shar'* sont évidemment peu nombreux, en raison du respect qui s'attache au Coran et à la *Sunna*. Mais il en est un tout à fait topique : il s'agit de la répudiation par une seule formule. L'institution est manifestement contraire à des versets formels du Coran, qui impose à l'époux répudiataire une épreuve en trois temps. Cette répudiation est dite « innovée » car elle est consacrée par la jurisprudence dans l'immense majorité des pays musulmans.

Section 4
La loi : *Kânûn*

Lorsque le pouvoir, en pays musulman, parvient à s'organiser et à se stabiliser, les ordonnances du souverain non seulement réglementent les institutions nouvelles pour les régulariser, mais également posent des règles profanes de substitution lorsque le *Shar'* est tombé en désuétude. Cette nouvelle source du droit est le règlement administratif *(kânûn siyasî)* également nommé : *firman*, *bérat*, *iradé*, *hatti* en Turquie ; *Karar* ou code en Égypte ; *'amr bey* ou décret beylical en Tunisie ; *dahir* ou décret royal au Maroc. Cette intervention de l'exécutif est tout à fait régulière au regard de la *Sharî'a*. Chargé de la mission générale de veiller à son application, le Souverain a le devoir et le droit de l'interpréter et de suppléer au besoin son silence ; sa volonté acquerra force de loi, si sa décision ne heurte aucune règle légale fondamentale. Le passage se fera tout naturellement, de l'ordonnance du souverain à la loi votée par l'assemblée législative, à peu près partout instituée par les États musulmans.

Si, en dépit de la poussée intégriste, l'influence occidentale demeure prépondérante dans les législations modernes, faisant ressortir le rôle grandissant du *kânûn*, l'usage de ce dernier, sous la forme réglementaire ou législative, s'est sans conteste révélé efficace dans la codification des règles classiques, dans le choix délibéré, au sein des rites, de la norme culturellement la mieux adaptée au contexte national ; et c'est dans ce rôle que le *kânûn*

est une source auxiliaire du droit. La plus ancienne codification du *fikh* semble être le *Code foncier* turc de 1858 dont certaines institutions sont d'inspiration purement musulmane; on rencontre ensuite la fameuse *Medjellet*, codification des obligations et contrats, selon le droit hanéfite, entreprise en 1869 et achevée en 1876, toujours applicable en Israël et en Jordanie; le *Code des obligations et des contrats* promulgué par le Bey de Tunis en 1906 et le *Dahir formant Code des obligations et des contrats* promulgué par le sultan Moulay Youssef en 1913 représentent de très habiles synthèses des droits hanéfite et malékite; ces codes sont toujours en vigueur en Tunisie et au Maroc. Dans le domaine du droit de la famille, la Turquie ouvrira la voie en 1917 en promulguant une loi sur le droit de la famille qui est un véritable code du mariage et de sa dissolution; au lieu de s'enfermer dans le droit hanéfite, le législateur turc n'hésita pas à recourir aux normes posées dans les autres rites, pour peu qu'elles soient jugées préférables. Cette loi ottomane, abrogée en Turquie dès 1919, est demeurée longtemps en vigueur en Syrie, au Liban, en Jordanie et en Palestine; elle continue à être appliquée au Liban et en Israël aux seuls musulmans sunnites. En Égypte il n'y a pas encore de législation d'ensemble sur le statut personnel, mais des lois éparses sur différents sujets. Suivant l'exemple ottoman de 1917, le législateur égyptien n'hésita pas à emprunter à d'autres écoles telle ou telle règle estimée mieux adaptée au contexte présent; mais il innova bien plus considérablement en donnant force légale aux leçons de juristes isolés ou à la doctrine d'écoles disparues, dans la mesure où elles servaient son réformisme. Les lois du 12 juillet 1920 et du 10 mars 1929 sur la pension alimentaire, la formule répudiaire, le divorce à la demande de la femme font ainsi de larges emprunts au rite malékite; la loi du 6 août 1943 sur les successions *ab intestat* demeure, en revanche, fidèle au droit hanéfite; il en va différemment de la loi du 24 juin 1946 sur le testament dont l'innovation la plus marquante est celle qui a trait au « legs obligatoire » : se fondant sur une norme de l'école zahirite, rejetée par tous les rites, le législateur égyptien décida que les petits-

enfants, exclus de la succession de leurs grands-parents, par suite du décès de leur père ou de leur mère, recueilleraient désormais une part de succession ne pouvant excéder le tiers à titre de légataire. Cette innovation – la représentation successorale n'existant pas en droit musulman – sera, par la suite, adoptée en Syrie, en Tunisie, au Maroc et en Algérie. Le Soudan, pays de rite malékite, s'est très tôt doté d'une législation d'inspiration hanéfite, pour ne pas dire égyptienne. S'il n'y a pas de codification d'ensemble du statut personnel, toute une série d'ordonnances judiciaires ont été promulguées à partir de 1927 et embrassent l'ensemble du droit de la famille. *The Dissolution of Muslim Marriages Act* promulgué dans l'Empire des Indes en 1939 est un véritable code du mariage musulman. Il sera entériné officiellement par le législateur pakistanais après la partition et amendé par ordonnance du 2 mars 1961, ce dernier texte posant, par ailleurs, un certain nombre de normes sur le statut personnel en général. La loi jordanienne sur le droit de la famille, promulguée en 1951, abrogée et remplacée en 1976 par un *code de statut personnel* adopte la structure générale de la loi ottomane de 1917 à laquelle elle succéda et s'inspire des lois égyptiennes de 1920 et 1929. Plus original à cet égard est le *Code du statut personnel* syrien de 1953, amendé en 1975, d'inspiration franchement hanéfite, qui embrasse le droit de la famille *lato sensu*. La *Majalla* tunisienne ou *Code de statut personnel*, promulguée en 1956 par le Bey, s'écarte totalement des orthodoxies malékite et hanéfite, sauf dans le domaine des successions. Le *Code marocain du statut personnel et des successions* ou *Moudawwana* promulgué par cinq dahirs en 1957-1958 et modifié en 1993 parvenait à concilier le respect des principes du droit musulman le plus strictement orthodoxe avec le nécessaire aménagement des institutions juridiques anciennes qu'imposent les exigences de la vie moderne. Le 30 décembre 1959, l'Irak promulguera à son tour un *Code du statut personnel* traduisant, au plan législatif, la prééminence des sunnites hanéfites sur les chiites jaafarites. La Libye codifiera, dans une loi du 18 avril 1984, son droit matrimonial en respectant étroitement l'obé-

dience malékite. l'Algérie, avec son *Kânûn al-'usra*, *Code de la famille*, proposera, le 9 juin 1984, une nouvelle construction embrassant, au plan normatif, l'ensemble du statut personnel malékite. La République islamique de Mauritanie se dotera, le 19 juillet 2001, d'un *Code du statut personnel*, très proche dans ses formulations de la *Moudawwana* marocaine; celle-ci, sous l'impulsion du roi Mohammed VI, sera abrogée et remplacée le 3 février 2004 par un Code de la famille *(Mudawwana al-'usra)* qui est un très habile compromis entre la tradition et la modernité. Enfin, dernière construction en date, le *Code de la famille* promulgué, le 3 juin 2005, par le président de l'Union des Comores propose la première codification chaféite.

Ces différents codes de statut personnel, ces lois sur la famille ne prétendent nullement gérer l'ensemble du droit civil des personnes; la plupart se contentent de poser de brèves dispositions, laissant le soin aux tribunaux d'en préciser la portée par référence au droit classique qui demeure en vigueur; lorsque la codification s'apparente par son ampleur aux codes occidentaux, comme c'est le cas en Algérie et surtout au Maroc, le droit classique n'est pas pour autant aboli; il demeure en vigueur dans les interstices de la loi qui doivent être comblés uniquement par référence « aux dispositions de la *shari'a* » *(Kânûn al-'usra*, art. 222).

Lire aussi

- Blachère R., *Introduction au Coran*, 2e éd., Paris, 1959
- Bleuchot H., *Droit musulman*, t. 2 : *Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix-en-Provence, 2002
- El Bokhari, *Les traditions islamiques,* trad. O. Houdas et W. Marcais, Paris, 1903-1908, 4 vol.
- Gardet L., *La cité musulmane. Vie sociale et politique*, 4e éd., Paris, 1981
- Milliot L., *Introduction à l'étude du droit musulman,* Paris, 2001
- Santillana D., *Istitutzioni di diritto musulmano malichita*, Rome, 1926, 2 vol.
- Snouck-Hurgronge J. G., *Le droit musulman*, Batavia, 1896, trad. Van Gennep, dans *Revue d'histoire des Religions*, t. XXXVIII, nos 1 et 2

Chapitre I

Nikâh: le mariage

Le mariage, en Islam, est un contrat qui institue entre un homme et une femme un statut juridique, de nature morale et religieuse, influencé par des intérêts sociaux. Comment est-il formé (section 1)? Quels en sont les effets (section 2)?

Section 1

Formation du mariage

Étudier la formation du mariage conduit à en examiner successivement les conditions de validité (I), les nullités (II) et la preuve (III).

I - Conditions requises pour la validité du mariage

Quatre conditions fondent la validité du mariage: l'absence d'empêchements (A), le consentement de personnes déterminées (B), la constitution de dot (C) et le respect de formalités légales (D).

A - Les empêchements au mariage

Ils sont nombreux; on peut les regrouper autour de deux catégories; certains ont un caractère permanent; d'autres peuvent n'être que temporaires.

1 - Les empêchements permanents

Ils sont liés à la parenté, à l'alliance et au serment d'anathème.

La parenté. Il peut d'abord s'agir de parenté par le sang, c'est-à-dire dérivant du mariage. La norme est coranique (IV-23): *Vous sont interdites vos mères, vos filles, vos sœurs, vos tantes paternelles, vos tantes maternelles, les filles de vos frères, les filles de vos sœurs*; le texte est univoque et demeure appliqué par toutes les législations islamiques. En ligne directe le mariage est donc interdit à l'infini; mais le Coran ne dit rien de la fille de la fille; on pourrait penser que le régime du patriarcat dont procède le *nikâh* étant, en principe, exclusif de toute parenté par les femmes, la prohibition ne s'appliquerait pas ici. Les légistes lui ont étendu néanmoins le verset, ce qui montre bien que la prohibition repose sur le sang.

Il peut s'agir ensuite de parenté par le lait, car en droit musulman l'allaitement fait naître entre le nourrisson et la nourrice et son mari une véritable parenté. Légalement le nourrisson est considéré comme l'enfant de la nourrice, et le mari de la nourrice comme le père du nourrisson. Le lait est donc assimilé au sang. Des nuances existent entre rites sur l'époque et le nombre de prises nécessaires pour créer l'interdit. La parenté ainsi créée engendre les mêmes empêchements que le mariage (Coran, IV-23). Tous les codes modernes ont conservé cet empêchement définitif.

À l'époque préislamique il existait également une parenté par l'adoption : l'adopté devenait le fils de l'adoptant, et la femme du fils adoptif était tenue pour la bru de l'adoptant; il y avait donc alliance et l'adoptant ne pouvait, de ce fait, épouser l'ex-épouse de son fils adoptif. Le Coran, autorisant le Prophète à épouser son ex-bru, prohibera l'adoption (XXXIII-37) qui, depuis cette époque, n'existe plus en droit musulman. Les législations modernes, à la seule exception du droit tunisien, n'ont pas à ce jour osé réintroduire une telle institution que seules certaines pratiques coutumières ont été à même de perpétrer.

L'alliance en ligne directe. Le mariage est interdit entre le mari et la mère ou la fille de la femme avec qui le mariage a été régulièrement contracté ; et cette interdiction survit même à la dissolution du mariage par le décès ou la répudiation de la femme. S'agissant, cependant, de la fille de la femme épousée, si le mariage n'a pas été consommé la prohibition disparaît (Coran, IV-23). Quant à la femme, il lui est interdit d'épouser le père ou le fils de son mari après la dissolution du mariage, quand bien même son mariage n'aurait pas été consommé.

Les relations sexuelles illicites déterminent également une situation analogue à la parenté. À l'instar du lait, la semence humaine joue le même rôle que le sang. Cet empêchement est institutionnalisé dans le *li'ân*. Dans les trois rites, malékite, chaféite et hanbalite et chez les hétérodoxes chiites, le *li'ân*, c'est-à-dire la séparation des époux à la suite des cinq serments d'anathème prononcés par le mari, entraîne un empêchement permanent: les époux ne peuvent pas se remarier. Dans le rite hanéfite, en revanche, l'empêchement est temporaire.

2 - Les empêchements temporaires

Ils sont très nombreux ; d'aucuns relèvent directement de la religion ; d'autres répondent à des préoccupations sociopolitiques.

L'un des époux n'est pas musulman. Le musulman ne peut épouser une païenne. La norme est coranique (II-221) ; elle est univoque : *N'épousez pas les femmes polythéistes avant qu'elles croient* ; mais le musulman peut épouser une femme chrétienne ou juive *(kitâbîya),* c'est-à-dire adepte d'une religion ayant comme base l'Ancien ou le Nouveau Testament (Coran, V-5). La femme musulmane ne peut, en revanche, qu'épouser un musulman, car seul le mari transmet la religion. Tous les codes contemporains ont intégré cette prohibition, à l'exception du code tunisien de 1958 ; son silence n'est cependant pas signifiant de l'abrogation de la norme, principe fondamental préexistant et toujours appliqué. Les chiites cependant excluent toute possibilité de mariage continu avec une juive ou une chrétienne. Ils n'autorisent ce type d'alliance que dans le mariage temporaire.

La tétragamie. La limitation à quatre épouses légitimes interdit au musulman d'en prendre une cinquième, sans avoir préalablement répudié l'une des quatre qu'il possède; Le fait d'être nanti de quatre épouses constitue donc un empêchement temporaire d'en épouser une cinquième. La règle est coranique (XXXIII-50) et de droit positif dans la plupart des pays musulmans.

L'alliance collatérale. Le Coran (IV-23) interdit à un homme d'épouser deux sœurs et plusieurs *hadîth* ont étendu la prohibition à la tante et à la nièce. Se fondant sur ces différents textes, les *fukahâ* ont dégagé le principe suivant, admis par toutes les écoles, et selon lequel *un homme ne peut avoir simultanément deux femmes, quant à supposer que l'une d'elles ait été un homme, elle n'aurait pu épouser l'autre du fait de la parenté*. On ne peut donc être marié simultanément à deux sœurs ou à la tante et à la nièce, car si l'une avait été de sexe masculin leur mariage eut été impossible. En revanche, on peut épouser deux cousines germaines, puisque le cousin germain peut se marier avec sa cousine germaine. Cette prohibition qui demeure de droit positif ne survit pas à la dissolution du mariage.

L'*'idda*. L'*'idda* est une retraite de continence imposée à la femme après la dissolution du mariage, que le mariage ait été dissous par la répudiation, le divorce ou le décès du mari. L'*'idda*, imposée à la femme répudiée, divorcée ou veuve, sert à empêcher la confusion de part ou de sang, c'est-à-dire à éviter que l'on attribue à un second mari de la femme la paternité d'un enfant qui serait né des œuvres du premier. Trois conséquences découlent de cette règle:

— La femme répudiée ou divorcée n'est soumise à l'*'idda* qu'autant que son mariage a été consommé.

— Si la femme est entrée en *'idda* et si elle accouche avant les délais normaux d'expiration de la retraite, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de 3 mois, elle est affranchie de retraite et peut se remarier. *La loi d'attente des femmes enceintes se terminera avec leur accouchement* (Coran, LXV-4).

— Si la femme répudiée ou divorcée veut, pendant les délais de la retraite, épouser de nouveau le mari qui l'a répudiée, rien ne s'y oppose ; on ne peut pas craindre alors la confusion de part.

Lorsque la retraite de continence est imposée à la veuve, on estime que celle-ci doit, pendant un certain temps, se montrer respectueuse de la mémoire de son mari ; le Coran va ainsi la soumettre à une retraite de 4 mois et 10 jours, même si son mariage n'a pas été consommé (II-234). Pour la femme répudiée ou divorcée l'*'idda* est de trois périodes de pureté menstruelle, quand bien même elle serait impubère ou ménopausée (Coran, II-228, LXV-4).

Si un mariage était conclu au mépris de l'empêchement, ce mariage serait nul ; et s'il venait à être consommé, la femme serait éternellement interdite à son mari ; un nouveau mariage ne pourrait avoir lieu, même après l'accomplissement des délais normaux de la retraite de continence et la constatation du fait que la femme n'est pas enceinte. Les codifications modernes s'étendent longuement sur l'*'idda*, intégrant dans leurs constructions les normes coraniques.

La répudiation irrévocable parfaite *(bâ'yn).* Il existe trois sortes de répudiation : révocable, irrévocable imparfaite et irrévocable parfaite ; cette dernière résulte de trois répudiations successives, ou bien d'une seule formule dans laquelle ont été englobées trois répudiations ; c'est la répudiation triple ; lorsqu'une femme a fait l'objet d'une telle répudiation, il lui est interdit d'épouser le mari qui l'a répudiée, à moins qu'elle n'ait épousé d'abord un autre individu et s'en soit ensuite juridiquement séparée. Cette prohibition temporaire ne concerne donc que l'ancien mari. Le Coran (II-230) exige seulement la conclusion du mariage avec un autre individu et la dissolution de ce mariage. La *Sunna* est venue compléter le verset en exigeant la consommation : s'il s'agissait d'un mariage fictif, l'empêchement subsisterait ; il n'est donc levé que par un second mariage, suivi de consommation, puis de dissolution. La plupart des lois modernes

réglementent cette institution conformément au donné scripturaire.

La maladie mortelle. L'empêchement n'existe qu'autant que le futur conjoint malade est en danger de mort, donc dans la dernière période de sa maladie et partant réputé intellectuellement, voire moralement affaibli ; si le malade guérissait le mariage serait valide, l'époux ne pouvant plus, en effet, être réputé s'être marié durant sa dernière maladie. Seuls les droits malékite et chiite admettent cet empêchement, destiné à protéger la succession des malades atteints d'une maladie se terminant normalement par la mort.

B - Consentement au mariage et droit de contrainte matrimoniale *(djabr)*

1 - Définition

En principe toute personne en état de puberté est appelée à donner son consentement au mariage ; et ce consentement n'a pas besoin d'être complété par le consentement de personnes déterminées (père, tuteur testamentaire, ascendants). Il en est ainsi alors même que le mineur pubère n'aurait pas la libre disposition de ses biens. Il y a donc deux majorités : l'une quant à la personne et l'autre quant aux biens ; la première, acquise par le fait même de la puberté ; la seconde, qui suppose la puberté atteinte, ne s'acquiert, en principe, que par une constatation ou déclaration de capacité. Quant à l'impubère, à l'instar du *safih*, faible d'esprit, dément, il peut être marié sans avoir été consulté et même en dépit de son opposition. Il est *contraignable au mariage,* en vertu du droit de *djabr*. Ce droit ne trouve pas son fondement dans le Coran ou dans la *Sunna* ; c'est une institution de l'époque préislamique dont la doctrine et la jurisprudence ont sanctionné les pratiques et la légalité.

2 - Justification

Le *djabr* présente l'avantage d'assurer à l'enfant, avant même sa puberté, le bénéfice d'une union qui peut être avantageuse.

Il attache l'enfant à sa future famille, en lui créant, dès son enfance, un foyer. Enfin, il permet la multiplication des naissances, en mettant des adolescents en état de procréer dès l'instant qu'ils sont pubères. C'est là son vrai rôle, considération d'importance dans les sociétés guerrières et nomades où la mortalité est grande et où, par conséquent, il y a grand intérêt à favoriser les naissances. Le *djabr* se justifie donc comme une survivance du régime familial patriarcal.

3 - Nature juridique

La doctrine s'accorde pour lui reconnaître la nature d'une *wilâya*, c'est-à-dire d'une puissance de protection, et non pas d'une *rubûbîya,* ou puissance de maîtrise. Le titulaire du droit de *djabr* ne doit pas en user dans son intérêt personnel, mais seulement dans l'intérêt de l'enfant. S'il en abuse, soit pour imposer à l'enfant un mariage désavantageux, soit pour lui en refuser un qui serait avantageux, toute personne susceptible de s'intéresser à l'enfant, et l'enfant lui-même, auraient le droit de saisir le juge et de lui demander d'intervenir pour empêcher l'abus. Ce cas d'action populaire est admis par les textes.

4 - Titulaire du droit de djabr

Ce droit appartient d'abord au père, quel que soit le sexe de l'enfant. À défaut du père, les différents rites offrent une palette de solutions: chez les chaféites ce droit est dévolu à l'aïeul paternel; chez les malékites au tuteur nommé par le père dans son testament; à défaut de tuteur testamentaire la prérogative reviendra au cadi; chez les hanéfites ce droit est dévolu aux parents mâles par les mâles de l'enfant dans l'ordre de successibilité, etc.

Les législations contemporaines ont modifié profondément les règles classiques. Le droit de *djabr* est implicitement supprimé dans les pays de rite hanéfite; les monuments législatifs contemporains ont, dans tous les cas, imposé un âge minimum au-dessous duquel le mariage n'est jamais possible; les déments en revanche demeurent soumis au droit de *djabr* si les psychiatres

estiment que l'union conjugale peut leur être salutaire. C'est le juge qui jouera alors le rôle de tuteur contraignant. Dans les pays de rite malékite ayant codifié le statut personnel le mariage des mineurs est supprimé; le juge peut toutefois autoriser en cas de nécessité un mariage au-dessous de l'âge légal; jusqu'en 1993, le droit marocain autorisait l'exercice du droit de *djabr* sur une femme majeure si on craignait qu'elle ne se conduise mal; le nouveau Code de la famille de 2004 a supprimé la tutelle matrimoniale non contraignante pour les femmes majeures; cette tutelle subsiste dans les codes algérien, libyen et mauritanien: dans ces pays la femme ne conclut toujours pas son mariage; ce soin appartient à son *walî* non contraignant qui doit au préalable s'être muni de son consentement.

C - La dot *(sadak, mahr)*

Tout mariage suppose une dot, condition essentielle de sa validité pour les malékites, effet obligatoire du contrat pour les autres rites. À l'époque préislamique, la dot appartient aux parents qui ont négocié le mariage. Mais le Prophète a amélioré la condition de la femme et, dans le Coran (IV-3 et 25) il est précisé que la dot appartient à la femme. C'est la femme qui a la qualité pour la recevoir, à moins qu'elle ne soit en tutelle, auquel cas c'est son représentant légal qui en recevra le montant et en rendra compte. Cette dot doit être déterminée, sérieuse et réelle.

Tout mariage suppose une dot déterminée. Il ne suffit pas que les conventions matrimoniales disent que la femme aura une dot; il faut qu'elles déterminent le quantum de la dot; sans quoi la dot pourrait être dérisoire, et tout se passerait comme si la femme n'était pas dotée; toutefois, dans le rite malékite, il est admis que les époux peuvent convenir que la dot sera fixée postérieurement au mariage, soit par eux, soit par un tiers désigné par eux. La femme peut alors se refuser au mari tant que le montant de la dot n'a pas été déterminé et demander la nullité du mariage. Si elle n'a pas pris la précaution de faire déter-

miner la dot avant la consommation du mariage, la nullité se trouve purgée et la femme a droit à la dot de parité ou d'équivalence *(mithl)* dont la coutume détermine le montant en rapport avec les dots qui ont été constituées aux femmes de sa famille et de sa condition.

Pour les autres rites, le mariage dans lequel la dot n'a pas été déterminée n'est pas un mariage vicié. La femme aura toujours le droit, avant la consommation du mariage, d'exiger la fixation de la dot, à l'amiable ou par décision du juge ; et si, en fait, elle s'est prêtée à la consommation sans avoir pris cette précaution, elle aura droit, comme dans le rite malékite, à la dot paritaire.

Tout mariage suppose une dot sérieuse, c'est-à-dire non dérisoire ; au cas contraire il n'y aurait pas dot, mais seulement une apparence de dot. Alors que les écoles chaféite et hanbalite repoussent toute idée d'un minimum légal, les docteurs malékites et hanéfites considèrent que la dot est régulièrement constituée lorsqu'elle est au moins égale à un quart de dinar (monnaie or). Il n'en résulte pas que chaque mariage musulman soit valable et régulier quand la femme a reçu une dot d'un quart de dinar. Ce que les docteurs veulent dire, c'est que, si humble que soit la condition de la femme et si pauvre celle du mari, la dot doit être au moins d'un quart de dinar. Dans la circonstance tout dépend de la situation respective des époux. La dot doit être en rapport avec la condition sociale de la femme et avec la situation de fortune du mari. La règle est que la femme doit recevoir une dot au moins équivalente à celle des femmes de sa famille et de sa condition.

Tout mariage suppose une dot réelle, c'est-à-dire non fictive ; il se pourrait qu'en apparence la femme ait été dotée, et même richement dotée. S'il n'y a qu'une apparence de dot, le mariage est considéré comme vicié. C'est ce qui explique que soit tenu pour nul le mariage par compensation *(shighâr)*. Il y a mariage *shighâr* ou par compensation lorsque le père d'une fille la donne en mariage en stipulant pour elle, une dot de 500 dinars par exemple, à la condition que le prétendant lui

donne sa propre fille en mariage, moyennant la même dot de 500 dinars. Dans les deux mariages il y a stipulation de dot, déterminée et sérieuse ; mais, comme les parties se trouvent respectivement débitrices d'une somme de 500 dinars, les deux dettes se compensent et aucun versement n'a lieu. Or, c'est à la femme que la dot appartient ; c'est elle qui doit être dotée et, en la circonstance, aucune des femmes ne l'est réellement. Le bénéfice en va à chacun des deux maris et pères. Il y a là un échange individuel des femmes, souvenir du mariage patriarcal dans sa forme la plus ancienne. Les malékites, les chaféites, les hanbalites et les chiites estiment qu'un tel mariage est frappé de nullité, conformément au *hadîth* : *« un mariage sans dot est nul, quand même les deux pères se seraient mutuellement donné leurs deux filles en mariage »*. Les hanéfites ne tiennent pas ce mariage pour vicié; dans ce cas ils attribuent à chacune des femmes mariées la dot de parité.

Les codes et lois de statut personnel s'étendent longuement sur l'institution de la dot. Les textes hanéfites conservent à la dot son caractère d'effet obligatoire du mariage. Il s'ensuit que le contrat de mariage peut non seulement être muet sur la question de la dot, mais également comporter l'exclusion expresse de celle-ci, sans qu'il résulte de ce silence ou de cette exclusion d'autre conséquence que l'octroi à la femme de la dot d'équivalence. Les codes d'inspiration malékite font, en revanche, de la dot un élément constitutif du mariage. Quoi qu'il en soit, toutes les écoles s'accordent désormais pour abandonner le principe que la dot doit comporter un minimum. Les longs développements consacrés par les docteurs à l'objet de la dot n'ont bien sûr pas été codifiés et, désormais, les textes se bornent le plus souvent à affirmer, comme le code marocain de 2004 *que tout ce qui peut faire légalement l'objet d'une obligation peut servir de* sadaq.

D - Les formes du mariage

L'échange de consentement doit être opéré devant deux témoins dont la présence constitue une solennité de l'acte, car

elle n'est pas requise seulement en vue de la preuve ; un mariage contracté sans témoins est, en effet, entaché de nullité.

L'échange des consentements conformément à la loi. Il ne suffit pas que le consentement émane d'une personne ayant qualité pour le donner (partie contractante ou mandataire), il faut qu'il ait été donné conformément aux quatre règles suivantes :

— Le consentement au mariage doit être donné verbalement. Il n'y a pas de formule sacramentelle ; il suffit que les paroles prononcées soient explicites et ne laissent aucun doute sur la volonté des parties contractantes.

— Le consentement peut être donné par mandataire. Celui-ci devra alors consentir verbalement. Cette représentation est obligatoire pour la femme malékite.

— Le consentement doit être pur et simple. En matière de mariage les sunnites n'admettent ni le terme suspensif ou extinctif, ni la condition suspensive ou résolutoire, mais toutes les autres stipulations demeurent licites, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'essence du mariage et n'aillent pas à l'encontre des dispositions prohibitives de la loi musulmane. Les orthodoxes peuvent donc stipuler des charges dans le mariage. En cas d'inexécution, ils peuvent demander la dissolution du mariage. L'hétérodoxie chiite, en revanche, admet le mariage à terme qui demeure droit positif iranien.

— Le conjoint dont le consentement est entaché d'erreur ou de violence peut demander la nullité du mariage. L'erreur sur la personne physique n'est prise en considération que lorsqu'il s'agit de certains défauts limitativement déterminés par la loi. L'erreur sur les qualités morales de la personne ne vicie le consentement que lorsque ces qualités ont fait l'objet de stipulations particulières dans le contrat.

La présence obligatoire de deux témoins. Ces derniers doivent être pubères (15 ou 18 ans, selon les rites), libres, c'est-à-dire non esclaves ; sains d'esprit ; musulmans ; du sexe masculin. Ils doivent être obligatoirement présents à l'échange des consentements. Cette présence est la seule solennité de l'acte.

II - Nullités du mariage

La nullité du mariage musulman a pour cause le défaut d'une des quatre conditions requises pour la validité du mariage : absence d'empêchement ; consentement ; dot ; formalités. Ce principe posé, il y a lieu de distinguer le mariage *bâtil* et le mariage *fâsid*. Le contrat nul *(bâtil)* est celui qui n'est pas sain *(sahîh)* par sa nature (A). Le contrat imparfait *(fasîd)* ou vicié était sain par sa nature mais a cessé de l'être par l'effet d'une circonstance extérieure au fond même de l'acte juridique (B).

A - *Nikâh bâtil*: mariage nul

Cas de nullité. Le mariage est nul de nullité absolue dans les 6 cas suivants :

— Existence d'un empêchement légal qui prohibe le mariage : allaitement ; parenté au degré prohibé ; mariage avec deux sœurs conclu au même moment ou avec la sœur de l'épouse.

— Incapacité d'un des conjoints par suite de l'existence d'un précédent mariage (époux déjà tétragame, épouse déjà mariée, femme en retraite de continence : tant que l'*'idda* n'est pas achevée la femme n'est pas déliée du mariage précédent).

— Mariage à temps *(nikâh al-mut'a),* sauf bien sûr chez les chiites.

— Mariage de la femme répudiée par trois formules, avec l'époux répudiataire.

— Mariage contracté avec un malade grave.

— Mariage d'un musulman avec une femme polythéiste (idolâtre) ou d'un infidèle avec une musulmane. Chez les chiites, mariage continu d'un musulman avec une *kitâbîya*.

Dans tous les cas, la nullité ne peut être couverte, et le cadi doit la prononcer, que le mariage ait été consommé ou non. Il n'est pas besoin d'une répudiation qui manquerait d'objet puisque le lien du mariage n'existe pas en droit. La déclaration du juge suffit à rompre l'union conjugale. Il faut remarquer que le mariage entaché d'un vice du consentement n'est pas rangé dans la catégorie des mariages encourant la nullité absolue ; l'irrégu-

larité d'un tel vice peut, en effet, être couverte par la ratification de la personne qualifiée pour invoquer la nullité et cette ratification peut être expresse ou tacite (consommation, inaction d'une certaine durée...).

Effets de la nullité. Le mariage nul ne crée pas de droits successoraux entre conjoints ; c'est là la principale incidence. Les autres effets seront fonction de la consommation ou de la non-consommation du mariage.

— Si le mariage a été consommé, la femme entre en retraite légale; la paternité des enfants est attribuée au mari. Si la dot est déterminée, la femme a droit à sa totalité. Si la dot n'est pas déterminée, le mari doit à la femme une dot de parité. Le mariage nul constitue un empêchement au mariage entre un conjoint et les parents de l'autre conjoint.

— Si le mariage n'a pas été consommé et si la dot a été déterminée, la femme a droit à la moitié du don nuptial. Si en revanche la dot n'a pas été déterminée *(nikâh al-tafwîd)* dans le contrat, la femme ne peut rien demander.

B - *Nikâh fâsid* : mariage irrégulier

Cas d'irrégularité. Ils sont nombreux. Les principaux sont les suivants et constituent ce que les docteurs appellent des *vices du don nuptial* : La dot est inférieure au minimum légal. La dot n'est pas réelle, mais seulement apparente. Le terme indiqué pour le paiement de la dot est trop long (50 ans par exemple), ou bien la date du paiement du solde n'est pas indiquée. Il est expressément stipulé dans le contrat qu'il n'y aura pas de dot. La dot consiste en choses hors du commerce (par exemple du vin). La dot est compensée par un mariage *shighar*.

Effets de l'irrégularité. Ils diffèrent selon que le mariage a été ou n'a pas été consommé.

Si le mariage n'a pas été consommé, l'irrégularité entraîne les 5 conséquences suivantes : 1. Le lien conjugal est rompu, sans obligation pour la femme d'entrer en retraite de continence. 2. La dot n'est pas due. 3. La rupture intervient, non par juge-

ment, mais par une répudiation que le mari prononce sur l'ordre du juge. 4. Les cadeaux faits par le mari en vue du mariage sont restitués, si l'objet en existe encore. 5. En cas de mort d'un des conjoints avant la répudiation, le survivant vient à la succession.

Si le mariage a été consommé, l'irrégularité entraîne deux effets : L'irrégularité est couverte, le fait illicite est considéré comme inexistant. La dot, si elle est illicite, devra être restituée lorsqu'elle a été reçue en totalité ou en partie. Le mari devra en remplacement constituer une dot convenable, c'est-à-dire d'équivalence ou de parité.

Les lois contemporaines ont conservé l'institution et la distinction classique entre mariage *bâtil* et mariage *fâsid* ; de grandes différences cependant séparent toujours les écoles et au sein même de ces dernières l'institution, selon les pays, n'est pas réductible à l'unité; il en va notamment ainsi en Afrique du Nord.

III - Preuve du mariage

En droit musulman la preuve testimoniale est la preuve normale ; quelle que soit l'importance des intérêts en jeu, elle peut être employée pour combattre tout autre mode de preuve. Le mariage musulman doit donc en principe se prouver par le témoignage de ceux en présence de qui ont été échangés les consentements. Ces témoins, rappelons-le, doivent être pubères, sains d'esprit, libres, musulmans, tenus pour honorables et au nombre de deux. Il s'ensuit qu'un témoignage unique ne fait pas preuve juridique complète; il ne peut constituer qu'un commencement de preuve, quelles que soient la valeur du témoignage et l'honorabilité du témoin. Si le consentement au mariage a été donné par une personne autre que l'un des futurs conjoints (par exemple: titulaire du droit *djabr* ou *walî* représentant la femme malékite), cette personne ne saurait être considérée comme constituant l'un des témoins du mariage. Le mariage en principe, ne peut être prouvé que par le témoignage direct. Or ce

témoignage est souvent impossible à mettre en œuvre du fait de l'absence, de l'éloignement, de l'interdiction ou plus simplement du décès du ou des témoins. Les auteurs musulmans se sont ainsi trouvés dans l'obligation d'admettre un certain nombre de modes de preuves subsidiaires, différant du reste d'un rite à l'autre : témoins de la fête, commune renommée, écrit constatant le mariage, serment, aveu des parties…

Section 2
Effets du mariage

À l'époque préislamique la condition de la femme était, *de jure*, très dure. Au décès du mari elle passait à son héritier le plus proche ; ce dernier pouvait la prendre pour femme ou la marier (Coran, IV-19). Tout en affirmant la prééminence du mari (Coran, II-228 et IV-19), Mahomet a apporté un changement considérable dans la condition juridique de la femme mariée qui, grâce à ses réformes, va obtenir une personnalité juridique distincte et indépendante de celle de son mari. Désormais le mariage ne la frappe plus d'incapacité; elle a un patrimoine propre.

Capable, elle peut acquérir, aliéner, devenir créancière, ester en justice, sans l'autorisation du mari. Par ailleurs, le mariage musulman n'emporte entre les conjoints aucune communauté de biens, même meubles. La femme conserve la gestion de son patrimoine si elle avait cette gestion antérieurement au mariage. Si, au moment de son mariage, elle se trouve en tutelle, le mariage ne l'émancipe pas ; et c'est le tuteur, non le mari, qui gérera son patrimoine. Mais si, avant le mariage, elle était majeure et en possession de ses biens, elle en conservera, comme femme mariée, la possession et leur gestion, sans avoir à prendre jamais l'autorisation du mari. Elle conserve en outre la libre disposition de ses revenus et n'en doit aucun compte. Le mari n'a pas le droit d'exiger d'elle qu'elle en affecte une partie à l'acquittement des charges du ménage; quelle que soit la fortune de la femme, ces charges pèsent exclusivement sur le mari. Il existe,

uniquement en droit malékite, une exception à cette règle: la femme mariée ne peut, sans l'autorisation de son mari, disposer de plus du tiers de ses biens par voie de donation entre vifs ou de cautionnement dans l'intérêt exclusif d'un tiers. Cela étant le mari (I) et son épouse (II) sont tributaires l'un vis-à-vis de l'autre d'un certain nombre d'obligations.

I - Obligations du mari

Elles peuvent être ramenées à six: devoir de cohabitation (A), devoir conjugal (B), partage des nuits (C), devoir d'entretien (D), abstention de tous sévices (E), maintien des relations de l'épouse avec sa famille (F).

A - Devoir de cohabitation

Le mari doit habiter avec sa femme. Lorsque la femme est en situation de supporter la consommation du mariage, il doit demander qu'elle lui soit remise et, à moins de convention contraire, la conduire à son domicile. Si le mari ne réclamait pas la femme lorsque celle-ci est nubile, il pourrait être mis en demeure de la recevoir. Après l'avoir conduite au domicile conjugal, il n'a pas le droit de l'y laisser seule et de s'éloigner pour longtemps. Si ces absences sont de courtes durées, elles ne sauraient se répéter trop fréquemment, sinon la femme serait en droit de se dire délaissée, autorisée à se plaindre et, à moins que l'éloignement du mari n'ait une cause légitime, à provoquer la dissolution du mariage, quand bien même le mari, par lui-même ou par sa famille, assurerait l'entretien de son épouse. La femme serait autorisée à se plaindre de l'éloignement du mari, même s'il n'était pas volontaire, du moment qu'il n'aurait pas une cause légitime. Ainsi en est-il du cas où le mari est en prison. On discute seulement le point de savoir quelle doit être alors la durée de l'éloignement du mari pour que la femme puisse réclamer le divorce; certains disent 5 ans; mais on admet très généralement que 2 ans suffisent. Les documents législatifs les plus récents ont transformé en droit positif ces différentes normes.

B - Devoir conjugal

Le mari doit consommer le mariage. Si la femme se plaint de la non-consommation du mariage résultant de l'existence d'un vice rédhibitoire (castration ou impuissance du mari par exemple), dont elle aurait ignoré l'existence au moment de la conclusion du mariage, elle a le droit d'en réclamer la dissolution. Toutefois, si le vice allégué par la femme peut être attribué à une cause accidentelle et susceptible de disparaître, un délai d'un an doit être accordé au mari, par le juge, pour faire acte de virilité. Si, à l'expiration de ce délai, il est constaté que la femme est vierge, l'impuissance du mari est tenue pour établie. Si, au moment de la conclusion du mariage, la femme n'était plus vierge, par exemple pour avoir déjà été mariée, à l'expiration du délai d'un an, le serment est déféré au mari, mis en demeure d'affirmer que, pendant ce temps, il a fait acte de virilité. Si le mari prête ce serment, sa déclaration fait foi et la demande de la femme est rejetée. Si le mari s'y refuse, le serment est déféré à la femme ; celui-ci prêté, l'impuissance du mari est tenue pour établie ; il est alors fait droit aux réquisitions de la femme et la dissolution du mariage est prononcée. Pour les malékites, les hanbalites et les chiites le devoir conjugal ne se réduit pas à la consommation. L'époux ne doit pas cesser par la suite de s'acquitter de son devoir conjugal ; il en va différemment en droits chaféite et hanéfite pour lesquels le mari n'est tenu qu'à la consommation du mariage ; pourvu qu'il continue à témoigner à sa femme les égards auxquels elle a droit, c'est-à-dire qu'il lui fasse les visites qui lui sont dues, celle-ci n'a pas le droit de se plaindre, quand même son mari aurait cessé toute relation sexuelle. Les codes contemporains sanctionnent implicitement ces différentes constructions.

C - Partage égal des nuits

Le mari, s'il a plusieurs femmes, doit procéder entre elles à un partage égal de ses nuits ; il ne s'agit pas du partage des

faveurs maritales, mais du temps consacré aux épouses; la loi lui prescrit seulement de ne pas rester plus longtemps chez l'une que chez l'autre, de consacrer à ses femmes le même temps, c'est-à-dire de manifester les mêmes égards à chacune d'elles. Le mot *nuit* doit être pris dans une acception particulière: il s'agit d'un laps de temps de 24 heures, commençant par ce que nous appelons la nuit et non pas du temps qui s'écoule entre le lever et le coucher du soleil. Enfin la polygamie implique l'établissement d'un roulement que le mari est tenu de respecter. Bien que la polygamie ait partout été maintenue (sauf en Tunisie) par les législateurs contemporains, ces deniers n'osent aborder le partage des nuits entre les épouses, abandonnant à l'*opinion dominante* ou à la *jurisprudence constante* dans le rite, une réglementation qui, au sein des codifications « modernes », pourrait passer pour anachronique.

D - *Nafaka*: entretien de la femme

Le mari doit subvenir à l'entretien de sa femme quelle que soit la fortune de celle-ci, sans qu'il ait le droit de l'obliger à travailler pour assurer sa subsistance. En aucun cas il ne peut exiger que l'épouse participe aux charges du ménage.

Point de départ et durée de l'entretien. Le mari doit-il subvenir à l'entretien de la femme à compter de la conclusion du mariage, ou seulement lorsque le mariage a été consommé ? Sur ce point les rites ne s'accordent pas. Pour les malékites l'entretien n'incombe au mari qu'à partir de la consommation, alors que dans les autres rites le mari est tenu de l'entretien à compter de la conclusion du mariage. Cette obligation dure autant que le mariage et cesse de peser sur le mari dès que le mariage est dissous. Ce principe est assorti de quatre exceptions:
— Si la femme a encouru une répudiation révocable, elle a droit à l'entretien, car le mariage est censé subsister pendant les délais de la retraite de continence.
— Si le mariage a pris fin par la répudiation et si la femme répudiée est soumise à la retraite de continence et si cette répu-

diation n'est pas imputable à une faute de la femme, les auteurs musulmans lui reconnaissent, pendant ce délai, conformément au Coran (II-241 et LXV-6) le droit au logement et à la nourriture aux frais du mari. Si, pendant l'*'idda,* il s'avérait qu'elle fut enceinte et si cette grossesse prolongeait la retraite au-delà des délais normaux, la femme aurait encore droit à l'entretien, conformément au Coran (LXV-6).

— Si la femme répudiée allaite un enfant commun, elle aura droit conformément au Coran (LXV-6) à la nourriture et à l'entretien pendant toute la durée de l'allaitement.

— Chez les malékites on admet que la veuve a droit, conformément au Coran (II-240), pendant le délai de l'*'idda*, au logement aux frais de la succession ou des héritiers du mari.

Les constructions contemporaines abordent le problème du droit à l'entretien à deux niveaux: elles posent d'abord en principe le droit, pour l'époux, de ne plus verser la *nafaka* si l'épouse fait preuve d'insubordination (abandon du domicile conjugal, refus du devoir conjugal); elles en réglementent ensuite la durée en cas de répudiation. Les codes d'inspiration hanéfite ont tous conservé l'enseignement du rite en vertu duquel toute femme répudiée, que ce soit à titre révocable ou irrévocable a droit à la *nafaka*, la durée de cette obligation variant d'un pays à l'autre. Les codes d'Afrique du Nord demeurent malékites, mais de grandes disparités les opposent dans leur réglementation.

En quoi consiste l'entretien ? L'entretien porte sur la nourriture, le logement, le vêtement et les accessoires. La femme a droit à toute la nourriture qu'elle peut consommer, et ne peut exiger au-delà de ce qu'elle peut consommer. À moins que les époux ne soient riches et de condition très élevée, le mari n'est pas tenu de fournir à la femme une habitation distincte de la sienne, mais il lui doit, tout au moins, un appartement ou une chambre séparée. Le mari est tenu de cette obligation vis-à-vis de chacune de ses femmes; il ne peut les contraindre à habiter ensemble. L'ameublement est à la charge du mari et doit s'accorder à la situation et au rang social de la femme. Enfin la femme a droit à deux vêtements par an (hiver et été) dont le

prix et la texture sont fonction de la fortune du mari, de la condition de la femme et des usages locaux.

Les codes contemporains s'étendent longuement sur le contenu de la *nafaka*. Si les contours de l'institution ne sont jamais clairement tracés, différents problèmes sont cependant abordés avec précision. Le montant de la *nafaka* dans les pays hanéfites demeure généralement fixé *d'après la fortune du mari, quelle que soit la situation de fortune de la femme*. Les nouvelles législations d'Afrique du Nord demeurent très proches du droit malékite classique: la fixation du montant de la *nafaka* dépend non seulement des ressources du mari, mais également de la *situation de l'épouse*.

La sanction de l'obligation d'entretien est le droit pour la femme de réclamer la dissolution du mariage, à moins qu'elle ne préfère recourir à des mesures d'exécution forcée sur les biens du mari s'il en possède; telle est la règle consacrée par tous les rites, sauf par le droit hanéfite: la femme, pour les tenants de cette école, peut seulement solliciter du juge l'autorisation d'acheter des aliments à crédit ou d'emprunter pour le compte du mari. Cette solution classique est aujourd'hui écartée dans les pays hanéfites dont les codifications ont adopté la règle générale autorisant la femme à solliciter le divorce pour défaut de *nafaka*.

E - Sévices et mauvais traitement

Le mari doit s'abstenir, à l'égard de sa femme, de tous sévices présentant un réel caractère de gravité. À partir des textes coraniques les commentateurs ont été amenés à considérer que si les violences pratiquées par le mari sont licites (IV-34), ce n'est qu'autant qu'elles ont été provoquées par la conduite de la femme et qu'elles seraient légères (II-299 ; IV-19). Si donc la violence est excessive, même dans le cas où elle est provoquée par la conduite de la femme, celle-ci peut demander la dissolution du mariage. La difficulté consiste donc à cerner la « violence excessive », seule susceptible de provoquer

la rupture du lien conjugal. Tous rites confondus les docteurs, suivis en cela par la plupart des monuments législatifs contemporains, recommandent alors, conformément au Coran (IV-35), la procédure suivante : la femme doit s'adresser au cadi qui l'invitera à faire la preuve des sévices par des témoignages ou, à défaut, par la commune renommée. Si la femme ne peut administrer cette preuve, les sévices ayant été pratiqués au domicile conjugal, hors la présence des témoins, ou devant des parents qui se refusent à témoigner, le cadi placera les époux sous la surveillance de deux arbitres pris l'un dans la famille du mari, l'autre dans la famille de la femme, ou, à défaut de parents, sous la surveillance de voisins honorables choisis par lui. Les arbitres ainsi désignés doivent s'efforcer de concilier les parties ; s'ils échouent, ils communiquent au juge leurs observations, font connaître leur sentiment sur les griefs de la femme ; le juge peut alors provoquer la dissolution. Chez les hanéfites, les arbitres peuvent eux-mêmes, si les époux les y ont autorisé, prononcer la rupture.

F - Visites

Le mari peut empêcher sa femme de sortir sans sa permission pour aller aux fêtes et aux invitations. Les versets du Coran relatifs à cette question (XXXIII, 32-33) ne concernent que les femmes du Prophète; mais ils ont été étendus à toutes les femmes musulmanes par une décision d'Omar, et, depuis ce temps, il est admis que l'épouse peut être soumise à un régime de claustration absolue. Mais à ce principe un certain nombre d'exceptions ont été apportées par la pratique, et il est admis, dans tous les rites, que la femme a le droit de recevoir, en dépit de l'opposition du mari, et qu'elle a le droit de visiter, malgré ses défenses, son père, sa mère et ses parents au degré prohibé. Les lois contemporaines ont pour la plupart évité de soulever ce problème. Quelques textes récents, notamment le *Code de la famille algérien,* consacrent cependant, sans ambiguïté, la doctrine classique.

II - Obligations de la femme

Elles sont au nombre de cinq: la femme doit obéissance à son mari (A); elle doit habiter au domicile conjugal (B); elle doit être fidèle à son mari (C); elle peut, le cas échéant, être obligée de vaquer elle-même aux soins du ménage (D). Les malékites, de surcroît, limitent sa faculté de disposition (E).

A - Obéissance au mari

La femme doit obéir à toute demande raisonnable du mari et, dans cette limite, notamment, ne pas se refuser à lui. La plupart des codes contemporains consacrent le principe de cette obéissance.

B - Habitation au domicile conjugal

La femme doit, lorsqu'elle est nubile, se laisser conduire au domicile conjugal et elle ne peut ensuite s'en éloigner sans l'autorisation de son mari ou du juge. Tel est le principe; il est assorti d'un grand nombre d'exceptions, correspondant au non-respect par le mari de ses engagements contractuels. Par exemple, la femme a stipulé qu'elle continuerait à habiter chez ses parents; qu'elle habiterait la ville et non la campagne; qu'elle habiterait telle ville déterminée; que son niveau social serait maintenu; le mari n'a pas commencé à payer la dot. En dehors de cette hypothèse du contrat non respecté, le mari, lorsque la femme abandonne le domicile conjugal, peut la faire réintégrer *manu militari*. Les lois contemporaines n'énoncent pas ce principe, tant il s'impose à l'évidence.

C - Fidélité au mari

Conformément au Coran (IV-34), le devoir de fidélité oblige la femme seule. Les droits positifs contemporains n'ont pas éprouvé le besoin de poser un tel principe, manifeste et indiscuté. La *Moudawwana* marocaine faisait exception à cette règle

en faisant de la fidélité de la femme le premier des « *droits du mari* ». Le *Code de la famille* marocain de 2004 fait, au contraire, de la « fidélité mutuelle » des conjoints une conséquence de la cohabitation.

D - Soins du ménage

La femme peut, en cas de pauvreté du mari, être tenue de vaquer elle-même aux soins du ménage. C'est la compensation de la charge incombant au seul mari de solder les frais du ménage. Les codes contemporains n'ont évidemment pas abordé cette question que l'évolution des mentalités a souvent privé de toute incidence juridique.

E - Autorisation maritale pour disposer en certains contrats

Dans le droit malékite classique il existe une exception à la capacité de la femme mariée dans deux cas de figure : donation entre vifs et cautionnement dans l'intérêt exclusif d'un tiers. Lorsque la femme dispose sous cette forme et que l'acte consenti par elle dépasse le tiers de ses biens, il doit être soumis à l'approbation du mari ; à défaut de cette autorisation, une majorité d'auteurs estime que l'acte est nul pour le tout. Les législateurs contemporains n'ont pas jugé opportun de reproduire ces dispositions ; tous les codes d'Afrique du Nord ont *a contrario* posé le principe de la pleine capacité de la femme mariée.

Lire aussi

- Borrmans M., *Statut personnel au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris-La-Haye, 1977
- Colomer A., *Droit musulman*, t. I, Rabat-Paris, 1963
- Foblets M.-C. et Carlier J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005
- Linant de Bellefonds Y., *Traité de droit musulman comparé*, t. II, Paris, 1965
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Moulay Rchid A., *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, FSJES, 1985, p. 251 et s.
- Sarehane F., « Le nouveau Code marocain de la famille », *GP*, sept. 2004, n° 247-248

Chapitre II

Talâk: dissolution du mariage

Si l'on met à part le décès de l'un des conjoints, sa mort civile en cas d'apostasie, ou – pour les chiites uniquement – le mariage temporaire (*un jour, un mois, un an ou plus*) qui sont autant d'événements entraînant automatiquement à l'instant du décès, lors de la renégation ou à l'arrivée du terme, la disparition de l'union conjugale, les causes de dissolution du mariage peuvent dans toutes les écoles se regrouper autour de deux institutions qui portent le même nom, *talâķ*, et qui sont la répudiation (section 1) et le divorce judiciaire (section 2).

Section 1
Le *Talâk*: répudiation

Le mot arabe *talâķ* que l'on traduit en français par le mot répudiation est en fait un terme générique qui comprend toutes les formes de rupture volontaire du mariage: la répudiation dite sunnite parce que la réglementation en est posée par le Coran et la *Sunna* et la répudiation dite *bid'î* ou innovée, parce qu'elle résulte de pratiques contraires au Coran et à la *Sunna*, que la doctrine et la jurisprudence ont fini par reconnaître et sanctionner comme valables (I); certaines formes de répudiation très anciennes, dont Mahomet, dans le Coran et les *hadîth,* a repris la réglementation et modifié les effets: ce sont le serment de continence et le serment du dos formes implicites du *talâķ* (II); la répudiation convenue, c'est-à-dire œuvre de la femme, soit

qu'elle l'ait obtenue moyennant compensation, auquel cas il y a divorce par consentement mutuel; soit que le mari lui ait, à l'avance, conféré la faculté de se répudier elle-même (III).

I - Répudiation sunnite et répudiation innovée *(bid'î)*

Les Arabes, à l'époque de Mahomet, faisaient de la répudiation un usage immodéré, se réservant souvent une faculté de rétractation qui plaçait la femme dans une situation d'attente indéfinie, intermédiaire entre la rupture et l'union, sans espoir de libération. Il en résulta des inconvénients sociaux auxquels le Prophète se proposa de porter remède en élaborant une réglementation : c'est la répudiation sunnite.

Dans ce système, l'expression, par le mari, d'une volonté de séparation ne saurait être suivie d'effet immédiat; un délai de 2 à 3 mois est imposé pendant lequel l'époux peut venir à résipiscence. C'est la répudiation révocable *(radj'î)* qui, dans l'esprit du Prophète, devait rendre moins fréquente la dissolution du mariage. Si le mari laisse passer le temps sans se rétracter, la rupture deviendra définitive, la preuve étant considérée comme faite que la vie commune est désormais impossible. C'est la répudiation irrévocable *(bâ'in)*. Dans le cadre de la répudiation révocable, l'exercice de la faculté de rétractation pouvait dégénérer en abus s'il n'était assorti d'aucune limite. Pour que le droit du mari ne serve pas à opprimer son épouse, la troisième répudiation sera considérée comme définitive et irrévocable.

La répudiation révocable est donc conçue comme un moyen de protéger le mariage, la répudiation irrévocable comme une protection de la femme.

Toute cette réglementation soigneusement établie par Mahomet, parut intolérable aux musulmans, qui, dès les premières années de l'hégire, s'efforcèrent de revenir aux usages et aux pratiques de l'époque préislamique, et notamment d'obtenir que la dissolution du mariage pût résulter d'une seule répudiation, prononcée par le moyen d'une seule formule, considérée comme enfermant trois répudiations successives. C'est la répudiation,

dite triple ou par trois, qui dissout immédiatement le mariage. Ces efforts ont été couronnés de succès. La pratique de la répudiation triple par une seule formule a été sanctionnée par une jurisprudence commune à tous les pays musulmans. C'est un cas typique de règle jurisprudentielle enfreignant directement un principe fondamental, posé par le Coran et les *hadîth*. Ce n'est pas une règle d'*idjmâ'* ; les docteurs n'ont jamais cessé d'y voir une *bid'a*, c'est-à-dire une innovation blâmable, une pratique hétérodoxe due à l'impiété des hommes. Mais elle s'est invétérée et, de bonne heure, tous les cadis ont accepté, tout en la déplorant, d'en reconnaître la validité. Répudiations révocable et irrévocable présentent certaines spécificités (A), mais se rejoignent sur les principales conditions de validité (B).

A - Le particularisme de chaque répudiation

1 - La répudiation révocable

Elle obéit à quatre conditions : être unique ; avoir lieu pendant l'état de pureté de la femme ; être prononcée avant toute relation conjugale depuis cet état de pureté ; ne pas être formulée pendant une retraite de répudiation.

— En exigeant que la répudiation soit unique, Mahomet a voulu que toute formule prononcée ne comptât que pour une seule répudiation ; il est donc interdit au mari d'englober dans une même formule trois répudiations susceptibles de déterminer l'effet de trois répudiations successives.

— Avoir lieu pendant l'état de pureté *(tuhr)* de la femme, c'est-à-dire en dehors des règles, en sorte que le mari n'éprouve aucune répulsion physique provenant de ce fait.

— Être prononcée après la cessation de l'indisposition et avant toute reprise des relations conjugales.

— Ne pas être prononcée pendant la retraite de continence à laquelle la femme est soumise comme conséquence de la répudiation prononcée contre elle.

Une répudiation prononcée dans ces conditions produit tout d'abord les effets d'une séparation de corps. La femme ainsi

répudiée doit se séparer de son mari ; elle entre en *ʿidda* ; elle subira cette dernière au domicile du mari. Pendant ce délai, non seulement elle aura droit à l'entretien, mais elle conserve également les droits qu'elle avait à la succession de son mari, de même que son époux conserve tous les droits qu'il avait sur la succession de sa femme, puisque le mariage subsiste encore. La durée de la retraite de continence ainsi imposée à la femme est de trois *ḳurû'*, c'est-à-dire de trois périodes de pureté menstruelle. Si la femme n'est pas encore réglée (le mariage ayant cependant été consommé) ou ne l'est plus (étant trop âgée), le Coran (LXV-4) lui impose une *ʿidda* de 3 mois. Si la femme est enceinte, l'*ʿidda* trouve son terme dans l'accouchement (Coran, LXV-4) ; si la femme se prétend enceinte, l'*ʿidda* durera autant que la durée maximum admise pour une gestation (entre 2 et 5 ans selon les rites). Elle sera libérée si, avant l'expiration du délai, elle accouche ou à trois menstrues consécutives.

Pendant la retraite, le mari ayant conservé tous les droits qu'il avait sur sa femme, rien ne s'oppose à ce qu'il rétracte la répudiation qu'il a prononcée et oblige la femme à reprendre la vie commune, sans avoir à prendre le consentement de celle-ci puisqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle union ; il ne peut, cependant, le faire qu'à la condition d'avoir rétracté la répudiation implicitement ou explicitement. La plupart des écoles imposent alors une déclaration expresse sous la forme d'une formule de retour. Le mariage reprend alors son cours dans les conditions où il avait été primitivement conclu.

À l'expiration de cette première *ʿidda*, le mari peut, au lieu de reprendre sa femme, persister dans son intention de répudier, tout en se réservant un nouveau délai de réflexion. Il réalisera alors son désir en prononçant une deuxième répudiation dans les mêmes formes que la première et qui produira les mêmes effets, c'est-à-dire, retraite de continence, simple séparation de corps et possibilité de rétractation pendant toute sa durée. Si au terme de cette seconde *ʿidda*, le mari prononce une troisième répudiation, celle-ci, jusqu'alors révocable, devient irrévocable. Lorsque les législateurs contemporains ont pris le soin

de codifier la répudiation révocable, ils se sont le plus souvent contentés de reproduire le donné scripturaire, Coran et *Sunna*.

2 - La répudiation irrévocable

Répudiation sunnite. Si la retraite de continence prend fin sans que le mari se soit rétracté ou ait prononcé une nouvelle répudiation révocable, le mariage se trouve dissous de plein droit. Les liens qui unissaient les époux sont alors rompus ; la vocation héréditaire réciproque disparaît, le mari se trouve sans droit sur sa femme qui peut se remarier immédiatement puisqu'elle a subi une retraite de continence. La dissolution du mariage se produira donc, au plus tôt, 3 mois environ, après que le mari a manifesté, pour la première fois, son intention de rompre; et au plus tard après trois répudiations qui représentent le délai d'attente le plus long que l'époux puisse imposer à sa femme. Cette répudiation par trois formules distinctes et successives est dite « parfaite » ; elle est considérée comme bonne *(hasan),* parce qu'elle comporte un délai de réflexion, la répudiation « par un » étant meilleure *(ahsan)*. Le mari peut du reste renoncer à la prolongation du délai d'attente de la répudiation par trois (qui n'est pour lui qu'une faculté) et revenir au minimum légal qui lui est imposé, en donnant à la première formule prononcée la valeur de deux répudiations ; c'est la répudiation dite *par deux* ; la répudiation suivante sera apparemment une troisième formule; en réalité tout se sera passé comme s'il y avait eu répudiation régulière par un. Quoi qu'il en soit, définitive et irrévocable *(bâ'in)*, la répudiation sunnite, par un, deux ou trois, met fin aux droits réciproques des époux, mais ne les empêche pas de se réunir de nouveau par un mariage régulier.

Cependant, outre les effets ordinaires attachés à toute répudiation irrévocable, la répudiation par trois produit un effet particulier : le mari ne pourra reprendre la femme qu'autant qu'elle aura épousé un autre homme et s'en sera ensuite régulièrement séparée. La norme est coranique (II-230) ; les auteurs l'ont aggravée en exigeant la consommation de ce second mariage. C'est la *hulla* ou *tahlîl,* formalité humiliante pour les deux époux, dont

la perspective constitue un frein efficace pour les répudiations impulsives.

Répudiation innovée. Quand le mari aura employé une formule de répudiation triple, non équivoque, c'est-à-dire contenant le mot *talâk* ou un de ses dérivés, sans observer la règle de l'unicité et sans égard à l'état de pureté et de retraite de continence de la femme, celle-ci est considérée comme répudiée par trois et les effets qui en résultent sont ceux de la répudiation irrévocable. Le mari est toutefois autorisé à venir déclarer sous la foi du serment que cette formule n'était que d'apparence répudiaire et qu'il avait une « intention de diminution ».

Les monuments législatifs contemporains respectent d'une façon générale les règles classiques et consacrent, bien évidemment, la répudiation innovée.

B - Conditions communes de validité

Ces conditions sont au nombre de quatre: le pouvoir (1), la possibilité (2), l'intention (3) de répudier et l'emploi d'une formule (4).

1 - Le pouvoir de répudier

Il appartient en principe à tout musulman, pubère et sain d'esprit. L'appartenance à l'Islam est en effet indispensable; le droit musulman ne sanctionne pas la répudiation qu'un *dhimmî* aurait pu prononcer. Ce musulman doit de surcroît être en état de puberté. La loi ne sanctionne pas la répudiation prononcée par le mari impubère, ni celle qui serait formulée par le père ou le tuteur testamentaire de cet impubère, contraint au mariage en vertu du droit de *djabr*. Le droit de répudier apparaît ainsi comme un droit essentiellement attaché à la personne du mari; mais ce principe ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de répudier par l'intermédiaire d'un mandataire ou à la cession de ce droit à l'épouse. Ce mari musulman et pubère doit enfin être sain d'esprit. Cela signifie qu'il ne doit pas être frappé d'interdiction pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur. Les

lois contemporaines consacrent ces règles en y intégrant le plus souvent *le complet état d'ivresse*. À l'instar du droit classique elles sont partagées sur le point de savoir si l'état de dernière maladie est susceptible d'interdire toute répudiation.

2 - La possibilité de répudier

La femme doit être en la possession du mari. Il s'ensuit que la répudiation n'est pas possible avant la conclusion du mariage qui scelle la possession légale par le mari. La répudiation n'est donc possible que pendant le mariage. Mais est-il indispensable que la possession légale soit également matérielle ? Le mariage, par exemple, n'a pas encore été consommé, car le mari est uni à une femme en bas âge, non encore viripotente, et partant demeurant toujours chez ses parents. La réponse est négative: pour l'ensemble des rites la possibilité de répudier est strictement fondée sur la possession légale. La répudiation, en revanche, n'est plus possible après la dissolution du mariage, le mari étant dès lors sans droit à la possession, sauf bien sûr après avoir prononcé une répudiation révocable.

3 - L'intention de répudier

Le mari doit avoir l'intention de répudier sa femme. Pour la manifestation de cette intention, il n'est pas besoin de forme solennelle. Tout ce qu'exige la loi musulmane, c'est que cette intention existe. Elle peut être expresse ou tacite; il suffit qu'elle existe et que son existence soit prouvée. En de nombreux cas, cependant, la preuve de cette intention n'a pas à être faite, car la répudiation suppose l'emploi d'une formule et, la plupart du temps, la formule prononcée par le mari sera révélatrice de son intention de répudier.

4 - Emploi d'une formule

Les jurisconsultes musulmans répartissent les formules de répudiation en trois catégories: formules formelles, formules équivalentes, formules figurées:

— Les formules formelles sont celles qui contiennent le mot *talâk* ou un dérivé de ce mot. Par exemple: *je te répudie* ou *tu es l'objet d'une répudiation*. Il n'est pas besoin alors de prouver l'intention de répudier; elle existe de plein droit et ne supporte pas la preuve contraire; la dénégation du mari, fut-ce sous la foi du serment, affirmant qu'il plaisantait, n'est pas admise. C'est une application du *hadîth: « tout est sérieux dans le mariage »*.
— Les formules équivalentes sont celles de nature à laisser supposer chez le mari l'intention de répudier, mais qui ne contienne pas le mot *talâk* ou un de ses dérivés. Par exemple: *je te rends ta liberté* ou *retourne chez tes parents*. Ces formules sont d'apparence répudiaire et font présumer chez le mari l'intention de répudier. À la différence des formules formelles elles admettent la preuve contraire et la dénégation du mari.
— Les formules figurées, d'expression quelconque, n'ont même pas l'apparence répudiaire et ne permettent pas de supposer l'intention de répudier. Si, après avoir prononcé une phrase quelconque, le mari affirmait ensuite sous la foi du serment qu'il voulait répudier, la répudiation est encourue; l'intention du mari doit, en ce cas, faire l'objet d'une preuve particulière.

La formule employée par le mari est le plus souvent pure et simple, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle soit conditionnelle ou à terme. Le droit classique cependant n'autorise ni le terme extinctif, ni la condition résolutoire. Le mari peut retarder la répudiation jusqu'à l'arrivée d'un événement mais il ne peut répudier sa femme à temps, par exemple pour deux mois; il ne peut non plus répudier purement et simplement et décider qu'un événement venant à se réaliser le mariage sera rétabli. La répudiation encourue est, dans ces différents cas de figure, définitive. Quand la condition prévue est suspensive, elle doit être possible; si elle est hypothétique, elle est tenue pour nulle et non avenue; si elle est subordonnée à une condition dont on ne peut constater l'accomplissement ou le non-accomplissement, cette condition est réputée inexistante et la répudiation réputée pure et simple; enfin lorsque la répudiation est

conditionnelle, elle se présente presque toujours sous la forme d'un serment : *si tel événement vient à se réaliser je fais le serment de te répudier*. L'événement se réalisant le mari est tenu ; c'est un cas d'action populaire : tout musulman a l'obligation de s'opposer, par tous moyens, au maintien de ce mariage dont la perpétuité doit être considérée comme contraire à la religion.

La plupart des codes contemporains consacrent le principe qu'il n'est plus exigé de formule sacramentelle de répudiation et renoncent purement et simplement aux répudiations conditionnelles.

C - Effets de la répudiation : *mut'a* et *sadak*

Quelle est l'incidence de la répudiation sur la situation financière de la femme ?

1 - Mut'a

Une majorité d'auteurs, tous rites confondus, estiment que le mari répudiateur doit faire à sa femme un don dit « *don de consolation* » *(mut'a)*, proportionnel à sa richesse. Ce don doit être fait immédiatement si la femme n'est pas soumise à la retraite de continence; si, en revanche, elle entre en *'idda*, elle le percevra au terme du délai légal; si elle meurt en cours de retraite, le don est immédiatement dû à ses héritiers.

Cette donation est destinée à indemniser la femme du préjudice matériel et moral que la répudiation va entraîner pour elle. On peut la définir comme une dette du mari lorsque la répudiation n'a pas été motivée par la conduite de la femme. Certaines répudiées ne peuvent donc y prétendre ; il en est ainsi de celle qui, en vertu du droit d'option que lui a consenti son époux, prononce elle-même sa propre répudiation ; il en est ainsi également de la femme adultère dont la conduite justifie la répudiation. Le *mut'a* a été consacré par quelques codes contemporains.

2 - Que devient la dot ?

Trois cas de figure peuvent être envisagés :
— si le mariage a été consommé, la femme a droit à la totalité de la dot. La répudiation confirme son droit et le rend immédiatement exigible ;
— si le mariage n'a pas été consommé, la femme a droit à la moitié de la dot ;
— si la femme est répudiée pour faute grave, notamment pour adultère, elle n'a pas droit à la dot et, partant, est tenue de restituer ce qu'elle en aurait perçu.

II - Les serments répudiaires

Survivances de pratiques ante-islamiques, le serment de continence et le *zihâr* ont été réglementés par le Prophète pour en contrôler l'usage.

A - *Aïlâ'* : le serment de continence

C'est le serment fait par le mari de s'abstenir de toute relation sexuelle avec sa femme. À l'époque préislamique, il est vraisemblable qu'un tel serment avait la valeur d'une répudiation sous condition suspensive ; il en résultait pour la femme l'inconvénient d'une situation d'attente que Mahomet s'est préoccupé de préciser. Le Coran (II-226) assimile ainsi le serment à une répudiation simplement révocable : *Un délai de quatre mois est prescrit à ceux qui se sont engagés par serment à s'abstenir de leurs femmes. Mais s'ils reviennent sur leur décision [...] Dieu est celui qui pardonne, il est miséricordieux.*

La capacité de jurer la continence est la même que celle qui est imposée au mari répudiateur : être musulman, marié, pubère et sain d'esprit. Aucune procédure n'est imposée par la loi ; il n'y pas de formule sacramentelle. Le mari doit seulement jurer au nom d'Allah ou d'un attribut de la divinité qu'il sera continent pendant 4 mois ; si le délai prévu est inférieur, le serment ne peut pas être invoqué par la femme contre le mari ; s'il est

supérieur la femme est autorisée à s'adresser au juge et à lui demander de rendre un jugement le ramenant à 4 mois. Le délai quadrimensuel court de la prononciation du serment ou du jugement du cadi. Lorsque le mari ne respecte pas son serment, son parjure est légalement pardonné et le mariage peut reprendre son cours ; si, en revanche, il observe la continence pendant 4 mois, la femme a un droit d'option : elle peut soit accepter la situation, soit, faisant état du serment, réclamer la dissolution du mariage; si tel est le cas, le juge mettra le mari dans l'obligation de lui accorder la répudiation; si le mari refuse de répudier, le cadi prononce lui-même la répudiation. Les lois contemporaines fondées sur le rite malékite ont conservé cette institution originale qui se traduit en droit chiite par l'obligation faite au mari, dans le cadre du mariage continu, d'avoir des relations sexuelles avec sa ou ses femmes au moins tous les 4 mois.

B - *Zihâr* : le serment du dos

Il y a *zihâr* lorsque le mari établit par serment une comparaison entre sa femme ou une partie du corps de sa femme, généralement le dos, avec une personne ou une partie du corps d'une personne au degré prohibé ; exemple classique : *je jure que ton dos est pour moi comme le dos de ma mère*. En faisant allusion à la position du coït dorsal et en assimilant sa femme à une personne avec laquelle toute relation sexuelle est interdite, le mari énonce implicitement sa volonté de rupture. À l'époque préislamique le serment du dos emportait répudiation irrévocable, peut-être même perpétuelle. Le Coran (LVIII-2) atténuera la portée du *zihâr*, en le définissant comme une action injurieuse autorisant la femme à réclamer la dissolution du mariage au bout d'un certain délai. À compter du moment où le *zihâr* a été prononcé, la femme doit se séparer de son époux et se refuser à lui ; le mariage cependant subsiste et, pendant les 4 mois qui suivent le serment, le mari peut reprendre la vie commune après avoir fourni une expiation (Coran, LVIII-3 et 4) ; s'il laisse s'écou-

ler le délai, la femme est autorisée à réclamer aux torts du mari la dissolution du mariage. Le jugement ainsi rendu produit dans tous les rites les effets d'une répudiation irrévocable et rien ne s'oppose à la reprise de la vie commune par un nouveau mariage. Sans doute jugé trop archaïque par les lois contemporaines qui ne le mentionne plus, le *zihâr*, institution coranique, n'a pas pour autant été abrogé dans les pays où le droit musulman n'a pas été codifié ou demeure supplétif.

III - La répudiation convenue : *Tafwîd*, *Khul'* et *Mubârâ'at*

La répudiation convenue, c'est l'œuvre de la femme. Le mari peut consentir à lui conférer à l'avance la faculté de se répudier elle-même (A) ; elle peut obtenir la répudiation moyennant compensation (B) ; dans les deux cas il y a divorce par consentement mutuel.

A - Le *Tafwîd*

Se dépouillant de son droit de répudiation, le mari peut concéder à sa femme le droit de se répudier elle-même ; c'est le *tafwîd* ou mandat fiduciaire irrévocable. Le contrat, une fois conclu, le mari peut, en effet, renoncer, dans son application, à telle ou telle faculté qu'il a acquise. Ce résultat peut être assuré en l'obligeant à prononcer, aussitôt après l'accord, une répudiation conditionnée par toute une série d'événements (sévices, refus d'entretien, bigamie, etc.) dont la réalisation entraîne automatiquement la dissolution du mariage. C'est un *ta'lîk*, pacte adjoint. La cession du droit de répudiation peut intervenir sous deux formes : *ikhtiyâr* et *mashî'at*.

Ikhtiyâr. Le mari donne à la femme un droit d'option ; celle-ci peut alors choisir entre le maintien du mariage et la répudiation. Si elle choisit la répudiation, il s'agit nécessairement d'une répudiation triple dont le mari ne saurait restreindre les effets.

Mashî'at Le mari concède à son épouse une faculté de répudiation discrétionnaire ; la femme peut donc choisir entre le

maintien de l'union où sa dissolution et, dans ce dernier cas, adopter une formule simple, double ou triple ; le mari, s'il le désire, peut imposer une répudiation simple mais, en aucun cas, ne peut s'opposer à la dissolution si la femme persiste dans son désir.

Certains codes contemporains mentionnent expressément cette institution.

B - *Khul'* et *Mubârâ'at*

C'est le Coran (IV-128 et surtout II-229) qui a introduit cette forme de dissolution du mariage : *Si vous craignez de ne pas observer les lois de Dieu, une faute ne sera imputée à l'un ou à l'autre, si l'épouse offre une compensation*. Une femme a de l'aversion pour son mari, la vie commune lui pèse, sans qu'elle ait pourtant des griefs assez sérieux pour obtenir la dissolution judiciaire, elle demande à son conjoint de consentir à la rupture de l'union conjugale et, pour obtenir son consentement, lui offre une compensation. S'il y a abandon de la partie de la dot non encore payée, restitution de la dot déjà versée, remise d'une somme d'argent ou d'un objet de valeur, cette sorte de rançon de la liberté s'appelle *khul'*. S'il y a renonciation réciproque de chacun des époux à ses créances contre son conjoint, l'accord est dit *mubârâ'at*. Dans les deux cas il y a consentement mutuel.

S'agissant d'une sorte de résiliation du mariage, provoquée par la femme, les conditions de validité sont, en principe, les mêmes que pour la formation du contrat, c'est-à-dire du mariage. Les effets du *khul'* dépendent des accords intervenus. Mais, en principe, tous rites confondus, la répudiation convenue emporte la dissolution du mariage comme par l'effet d'une répudiation irrévocable. Le mariage est dissous immédiatement ; le mari n'a plus de droits sur sa femme ; celle-ci peut se remarier ; les époux, s'ils se réconcilient, doivent contracter un nouveau mariage avec constitution d'une nouvelle dot. Le *khul'* n'a pas fait l'objet de longues dispositions dans les codifications contemporaines promulguées dans les pays d'obédience hanéfite. Sans doute faut-

il en voir la raison dans la possibilité désormais plus largement ouverte d'obtenir la dissolution par décision de justice. En revanche en terre malékite, la répudiation convenue occupe, dans les lois contemporaines, une position éminente.

Section 2
Dissolution par décision de justice

La dissolution par décision de justice intervient dans différentes hypothèses: elle peut tout d'abord être sollicitée à la suite du serment d'anathème (A), ou en présence de vices rédhibitoires (B), ou encore pour inaccomplissement des obligations du mariage (C); elle peut enfin être prononcée d'office par le juge (D).

I - Le *li'ân*: serment d'anathème

Le but principal du *li'ân* est d'établir l'adultère de la femme et d'empêcher que soit attribué au mari un enfant qui n'est pas le sien; la dissolution du mariage n'en est qu'une conséquence.

Quand une femme est surprise en flagrant délit d'adultère (ou lorsque, durant le mariage, elle a été violée) si une grossesse apparaît ensuite, ou si la femme accouche alors que le mari sait ne pas être le père de l'enfant, celui-ci a un moyen de décliner la paternité qui lui incomberait en vertu de la présomption légale; ce moyen c'est le *li'ân*, seul mode de désaveu admis par le droit musulman à l'égard de l'enfant dont la conception se situe dans le mariage. Le *li'ân* est de rigueur, même quand le mariage est nul ou irrégulier, parce que la déclaration de nullité ou la dissolution n'empêche pas l'attribution de la paternité au mari.

Alors que tous les rites s'accordent pour exiger du mari jureur qu'il ait la capacité du répudiateur (être musulman, marié, pubère et sain d'esprit), il y a divergence sur la capacité de la femme, les hanéfites estimant que les chrétiennes et les juives mariées à des musulmans ne peuvent être soumises au *li'an*, leur adultère ne pouvant, conformément au Coran

(IV-15) être prouvé que par les déclarations de quatre témoins mâles.

A - Procédure

Le couple se rend devant le cadi, tenu en préalable de vérifier si les conditions de capacité sont remplies. Si tel est le cas, il invite le demandeur à prononcer le serment d'anathème sous une de ces deux variantes: « *Je jure par Allah, l'Unique, que j'ai vu cette femme en adultère* » ou « *Je jure par Allah, l'Unique, que sa grossesse n'est pas de mon fait* ». Conformément au Coran (XXIV-6 et 7), il prononcera quatre fois de suite cette formule, ajoutant comme cinquième serment: « *Qu'Allah me maudisse si je suis un imposteur et si j'accuse cette femme injustement* ». Le mari ayant ainsi juré, la femme accusée d'adultère peut accepter l'accusation ou répliquer. Si elle garde le silence elle est de plein droit considérée comme convaincue d'adultère. Le juge doit rendre immédiatement un jugement le constatant, déclarant que la femme est répudiée et la condamnant à la peine de 100 coups de fouet édictée par le Coran (XXIV-2). Si la femme refuse d'acquiescer, elle est tenue de riposter par cinq serments; elle dira quatre fois: « *Je jure par Allah, l'Unique, que je n'ai pas été vue en adultère par cet homme* » ou « *que je n'ai pas commis l'adultère* », ou « *qu'il a menti* » et elle ajoutera comme cinquième serment: « *Que la colère d'Allah m'accable si cet homme dit la vérité* » (Coran XXIV-8 et 9); dès lors elle n'encourt aucune sanction pénale; mais le mari ayant régulièrement prêté le serment, l'épouse est considérée comme convaincue d'adultère et le juge doit constater la dissolution du mariage par la répudiation. Dans un cas comme dans l'autre, la femme est donc répudiée et le mariage dissous.

B - Conséquences

Elles sont de deux sortes.

— Au plan matrimonial, le *li'ân* crée entre les anciens conjoints un empêchement au mariage aussi fort que le lien du sang et l'allaitement.

— Au plan patrimonial, la vocation successorale réciproque subsiste tant que le délai de l'*'idda* n'est pas expiré ; si la femme n'a pas droit au don de consolation *(mut'a),* ni à l'entretien de grossesse *(nafakat al-haml)* accordé à la femme répudiée ou veuve, au regard de la dot on applique les règles ordinaires.

Bien que consacré par la révélation coranique, le *li'ân* n'a été qu'exceptionnellement retenu par les législations contemporaines, ce qui n'est évidemment pas signifiant de la disparition de la norme, dans la mesure où le *Shar'* demeure un système supplétif dans les interstices des codifications.

II - Les vices rédhibitoires

Dans la vente, il y a lieu à résiliation pour vice de la chose vendue quand le vice existait avant le contrat, rendant la chose inapte au but pour lequel elle a été acquise. Cette cause de dissolution s'applique par analogie au mariage. Chacun des époux peut la demander non seulement quand l'autre époux est affecté d'une maladie telle qu'elle rend la vie commune périlleuse (exemples classiques : lèpre, éléphantiasis, démence), mais également affecté d'un défaut qui rend impossibles ou très difficiles les rapports conjugaux (exemples classiques : occlusion vaginale, mari impuissant ou castré). Sont également considérés comme vices rédhibitoires les vices et défauts dont le contrat de mariage a stipulé l'exclusion (exemples classiques : cécité, paralysie, et, selon la doctrine dominante, le défaut de virginité chez l'épouse).

A - Conditions requises pour réclamer la dissolution

Le conjoint ne peut réclamer la dissolution s'il avait connaissance du vice avant le mariage ; ou si, en ayant eu connaissance après le mariage, il l'a accepté. Une différence fondamentale, sanctionnée par tous les rites, existe cependant entre l'homme et la femme selon l'époque d'apparition du vice ; chez la femme ils ne seront considérés comme rédhibitoires qu'autant qu'ils seront antérieurs au mariage ; les vices survenus postérieurement

au contrat sont considérés comme des cas de force majeure dont le mari est tenu de supporter le risque et qui ne sauraient fonder un droit à dissolution. Le vice du mari, en revanche, confère à la femme le droit de demander le divorce, sans distinguer si ledit vice a précédé ou suivi le contrat. Selon les *fukahâ*, la raison de cette différence est que le mari peut toujours résoudre le contrat par une répudiation tandis que la femme ne peut s'en libérer que par le moyen d'un divorce judiciaire. Aucun terme n'est fixé par les textes pour l'exercice de cette faculté de dissolution qui intervient par une sentence du cadi, après qu'a été prouvé le vice rédhibitoire.

B - La preuve du vice rédhibitoire

Elle peut être administrée par l'aveu de la partie ou par le moyen de l'inspection de la personne du conjoint. Les effets de cette preuve sont fonction de la gravité du vice. Si le vice ou la maladie est incurable, le juge doit dissoudre le mariage. Si l'on peut en espérer la guérison, le juge assigne généralement un délai d'un an pour faire la cure; pendant cette période tout rapport entre les conjoints est interdit. Le délai expiré sans amélioration, il déclare dissous le mariage. Le cas de l'impuissance est soumis à des règles spéciales. Si elle est antérieure au mariage, le juge accorde au mari un délai d'un an pour se guérir, sans bien évidemment lui interdire les rapports conjugaux. Il est cru sur parole s'il affirme sous serment qu'il a coïté; à défaut de cette affirmation solennelle, le juge déclare le mariage dissous. Quant à l'impuissance survenue postérieurement au mariage, elle est, par exception au principe, considérée comme un cas de force majeure dont la femme doit supporter le risque.

C - Conséquences patrimoniales

Après la dissolution du mariage on applique à la dot les règles suivantes : si le mariage n'a pas été consommé, le mari ne doit pas la dot; si le mariage a été consommé et s'il est dissous pour vice du mari, celui-ci doit la dot entière; si la dissolution

est imputable à la femme, il n'est pas dû de dot et, si elle a déjà été payée, elle est répétable.

La plupart des codes contemporains consacrent sans équivoque cette cause de divorce en élargissant notamment le concept de vice rédhibitoire aux maladies les plus graves volontairement dissimulées au moment du contrat.

III - Inaccomplissement des obligations du mariage

Le mariage est un contrat bilatéral qui, partant, peut être dissous à la requête d'un des contractants quand l'autre ne remplit pas ses engagements contractuels. Il va sans dire que le mari disposant discrétionnairement du droit de répudier, c'est toujours à la requête de la femme qu'interviendra le jugement de divorce. Trois cas de figure peuvent être spécifiés.

A - Le mari ne consomme pas le mariage et ne paie pas la dot, ou la part de la dot encore due *(kâlî)*

Le juge lui assigne un délai plus ou moins long, 13 mois au maximum. À l'expiration du délai, sur requête de la femme, il déclare dissous le mariage. Le défaut de paiement de la dot est couvert par la consommation.

B - Le mari manque à l'obligation d'entretien *(Nafaka)*

Il importe de distinguer selon qu'il est présent ou en voyage.

Si le mari est présent, et s'il a des biens, le juge lui ordonne d'assurer la *nafaka* ou de répudier. S'il est indigent – et que cette indigence ne soit pas antérieure au mariage, connue et dès lors implicitement acceptée par la femme – il peut, en prouvant sa pauvreté, obtenir, à compter du jour de la requête de la femme, un délai dont le maximum est généralement fixé à 2 mois, pour revenir à meilleure fortune. Passé ce délai, le juge prononce la dissolution et la femme entre en *'idda*. Si pendant la retraite, il parvient à assumer la *nafaka*, il peut révoquer la répudiation.

Le mari est parti pour un long voyage. Il n'y a pas absence ni disparition du mari, celui-ci est seulement parti pour un voyage de plus de 10 jours de marche, sans laisser à la femme de quoi assurer son entretien et sans en charger un mandataire. La femme ainsi délaissée doit alors prêter devant le cadi un premier serment pour attester la vérité des faits. Il faut alors distinguer suivant l'état apparent de la fortune du mari. Si le mari a laissé des biens, le juge peut autoriser la vente des meubles, puis des immeubles. Si le mari n'a pas laissé de biens, la femme peut – mais uniquement en droit malékite – demander la dissolution du mariage. Le juge assigne, à compter de cette requête, un délai d'un mois au mari pour assurer la *nafaka*. Au terme de ce délai, après avoir fait prêter à la femme un second serment sur la vérité des faits, le juge autorise la femme à se répudier elle-même et à commencer la retraite légale. Si le mari rentre pendant l'*'idda*, il peut révoquer la répudiation en démontrant qu'il est en état de payer ou qu'il a déjà fourni la *nafaka*.

Tous les monuments législatifs contemporains consacrent ce mode de dissolution.

C - Le mari contrevient à un engagement exprimé dans le contrat de mariage

Les cas de figure les plus fréquents résultent d'un pacte joint *(ta'lîk)* au contrat de mariage et correspondent à des engagements précis : monogamie, paiement de la dot dans un certain délai, fixation du domicile dans une ville déterminée, droit pour la femme d'habiter avec ses parents, etc.

Le droit de demander la dissolution appartient à l'époux qui s'estime lésé par son conjoint. Si le demandeur est majeur quant à la personne, mais mineur quant aux biens, c'est à lui qu'il appartiendra d'intenter l'action en divorce, mais avec l'assentiment de son représentant légal, parce que l'action est susceptible de compromettre des intérêts pécuniaires. L'époux défendeur doit être personnellement mis en cause ; toutefois, s'il est

encore mineur quant aux biens, c'est le représentant légal ou tuteur qui devra être mis en cause, parce que le jugement est de nature à compromettre des intérêts pécuniaires.

IV - Dissolution d'office par le juge

Cette dissolution peut intervenir dans quatre cas: contestation sur le montant de la dot, abus de l'autorité maritale, dissentiments graves entre les conjoints, absence du mari.

A - Contestation sur le montant de la dot

Lorsque, avant la consommation du mariage, surgit, entre époux capables, une contestation sur le montant ou la qualité de la dot, on procède comme dans la vente. Le juge défère le serment aux parties. Si toutes deux jurent et font des déclarations inconciliables, ou si toutes deux refusent d'affirmer par serment leurs prétentions, le juge déclare le mariage dissous.

B - Abus de l'autorité maritale

Les *fukahâ* envisagent trois hypothèses: la femme est gravement injuriée; elle est contrainte à la prostitution; elle subit des sévices ou mauvais traitements continuels. Seul ce dernier cas est subordonné au respect d'une procédure: si la femme se plaint à plusieurs reprises, sans apporter la preuve des sévices, le cadi doit tenter une conciliation; si, en revanche, la preuve est établie, le juge peut admonester le mari, lui appliquer, le cas échéant, une peine correctionnelle, voire, dans les cas les plus graves, confier la femme à une personne de confiance et prononcer la dissolution du mariage. S'il s'agit de violences légères, non provoquées par la conduite de la femme, cette dissolution correspondra à une répudiation révocable. Si la brutalité du conjoint fait craindre des représailles contre la femme, le juge la répudie par trois afin que le mari ne puisse révoquer sa décision. Les codes contemporains font une part importante à ce mode de dissolution.

C - Dissentiments graves entre les conjoints

Cette hypothèse est spécifique aux malékites. Le juge procède à l'épreuve de conciliation prévue par le Coran (IV-35). Deux arbitres choisis dans la famille des conjoints vont s'efforcer de les concilier. S'ils n'y parviennent pas, ils devront déterminer les torts. Si la femme est en faute, elle ne peut demander le divorce, son mari pouvant, de surcroît, lui appliquer la correction prévue par le Coran (IV-34). Si c'est le mari qui est en tort, les arbitres prononcent la répudiation, attribuent à la femme la dot entière s'il y a eu consommation et la moitié de la dot si le mariage n'a pas été consommé. Si les torts sont réciproques, les arbitres déclarent dissous le mariage et déterminent les indemnités dues réciproquement par les époux. Leur décision est définitive : le juge doit toujours l'homologuer sans modification. Cette procédure a été consacrée par la plupart des lois contemporaines sur le statut personnel. À partir de la conciliation coranique, le code marocain de 2004 a construit une nouvelle institution, le divorce *chikak* (« pour raison de discorde ») qui donne désormais à la femme, sous le contrôle du juge, une prérogative équivalente au droit de répudiation de l'époux.

D - L'absence

Le droit musulman, comme le droit français, distingue de la non-présence l'état de l'individu qui a disparu, dont on n'a plus de nouvelles et sur l'existence duquel planent des doutes.

Lorsque l'époux est absent, différents partis s'offrent à sa femme.

— Lorsque l'absence a duré un certain temps (2 ou 5 ans, selon les rites), la femme peut réclamer le divorce alors même que le mari ou les parents de ce dernier auraient assuré son entretien.

— La femme peut s'abstenir de réclamer le divorce. Le mariage est alors réputé subsister tant que le décès du mari n'aura pas été prouvé, ou tant qu'un jugement ne sera pas intervenu déclarant que le mari doit être tenu pour décédé en raison du fait

qu'il aurait atteint la limite extrême de la vie humaine; le mariage sera alors réputé dissous et la femme entrera en *'idda*.

— Enfin la femme peut prendre un parti intermédiaire ; elle peut, en effet, tout en préservant la faculté de reprendre sa liberté, conserver la situation et le traitement de la femme mariée. Elle peut solliciter du cadi un jugement constatant l'absence du mari et faisant courir un délai de 4 ans à compter du jour où pour la dernière fois on a eu de ses nouvelles. À l'expiration de ce délai la femme entre en *'idda* et au terme de cette retraite elle peut se remarier. Mais le mariage initial n'est pas dissous par le seul fait que ce délai de 4 ans a pris fin et que la femme est sortie de retraite ; il subsistera tant que la femme ne sera pas remariée ; d'où cette conséquence que, si le décès du mari vient à être connu et s'il est antérieur au second mariage de la femme, celle-ci est demeurée mariée et a pu, par exemple, être autorisée à venir à la succession du premier mari.

Les législations contemporaines ont pour la plupart admises que l'absence de l'époux pouvait fonder une demande en divorce. Le délai d'un an est le plus souvent retenu ; les hanéfites exigent de surcroît que cette absence ne soit pas fondée sur « *un motif légitime* ».

Lire aussi

- Borrmans M., *Statut personnel au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris-La-Haye, 1977
- Foblets M.-C. et Carlier J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, 2005
- Linant de Bellefonds Y., *Traité de droit musulman comparé*, t. II, Paris, 1965
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Sarehane F., « Le nouveau Code marocain de la famille », *Gaz. Pal.*, sept. 2004, n°s 247-248

Chapitre III
Nasab: la filiation

La filiation est le lien de consanguinité qui rattache l'individu à ses auteurs. Dans le milieu islamique, de caractère patriarcal, elle est principalement envisagée du côté du père. La filiation une fois établie (section 1) détermine les relations juridiques entre l'enfant et ses parents (section 2).

Section 1
Preuve de la filiation

La preuve de la filiation est établie par l'existence du mariage (I), ou à la suite d'une reconnaissance forcée ou judiciaire (II) pouvant permettre *de facto* de tourner l'interdiction *de jure* de la filiation adoptive (III).

I - La preuve par le mariage

Est réputé issu du mariage l'enfant né dans le mariage (A) ainsi que l'enfant né après la dissolution du mariage, mais dont la conception peut se placer dans le mariage (B).

A - L'enfant né dans le mariage

Si l'enfant est né dans le mariage, sa filiation est établie de plein droit, non seulement à l'égard de la mère, mais aussi à l'égard de son époux. Il en est ainsi même si le mariage enta-

ché de nullité absolue n'a été qu'une union de fait. Il existe donc, comme en droit français, une présomption de paternité à l'encontre du mari de la mère, exprimée dans la règle : *l'enfant appartient au lit (al-walad lil-firash).* Cette présomption n'est pas absolue, le mari peut désavouer l'enfant dans trois cas.

Premier cas : Lorsque la conception remonte à une époque antérieure au mariage, c'est-à-dire lorsque le temps qui s'est écoulé entre la conclusion du mariage et la naissance de l'enfant est inférieur au minimum de la durée de la grossesse qui, en droit musulman, est de 6 mois. Ce délai s'est imposé aux docteurs par le rapprochement de deux versets du Coran, II-223 : *Les mères qui veulent donner à leur enfant un allaitement complet, les allaiteront deux années entières* et XLVI-15 : *Sa mère l'a porté et l'a enfanté avec peine. Depuis le moment où elle l'a conçu, jusqu'à l'époque de son sevrage, trente mois se sont écoulés.* 30 mois moins 2 ans (24 mois) = 6 mois.

Deuxième cas : Lorsqu'à l'époque où remonte la conception, la cohabitation entre les époux était impossible pour une cause quelconque (impuberté du mari, épouse non viripotente, maladie d'un des conjoints, séparation de fait). Si, cependant, le désaveu du mari est fondé sur la cessation de cohabitation, il ne pourra être admis par le juge qu'autant que l'éloignement du mari aura été d'une certaine durée.

Troisième cas : Lorsque le mari prononce contre sa femme une accusation d'adultère sur laquelle il greffe une action en désaveu. C'est la procédure du *li'ân*.

En toute autre hypothèse le mari de la mère est le père de l'enfant, quand bien même il affirmerait sous la foi du serment qu'il avait, dès avant la date supposée de la conception, cessé toute relation sexuelle avec sa femme. Le désaveu lui-même ne sera plus possible lorsque le mari a accepté tacitement ou expressément la paternité de l'enfant. Les codes contemporains consacrent la présomption *al-walad lil-firash* mais réglementent avec précision une cause de désaveu particulière, l'absence de cohabitation.

B - L'enfant né après la dissolution du mariage, mais dont la conception peut se placer dans le mariage

Il est normal que l'enfant soit rattaché au mariage, lorsque le temps écoulé entre la dissolution du mariage et la naissance de l'enfant ne dépasse pas le maximum de la durée de la grossesse; si tel n'était pas le cas, l'enfant pourrait être désavoué. Il y a cependant divergences entre les rites, et même parmi les auteurs du même rite, au sujet de ce maximum ; par exemple les malékites admettent 4 et même 5 ans, alors que les hanéfites concèdent 6 mois pour les plus courtes, 9 mois pour les grossesses normales et 2 ans pour les plus longues. Les *fukahâ* n'ont certainement pas été dupes de la légitimité de ces parturitions tardives; à tout le moins ont-ils été influencés par la croyance, toujours vivace en Afrique du Nord, qu'un enfant peut s'endormir dans le sein de sa mère.

La brièveté des délais de viduité et de continence *('idda)* et la longueur excessive du délai maximum de grossesse sont en droit classique susceptibles d'engendrer de multiples difficultés dont se font écho les docteurs des différentes écoles (conflit de paternité, difficulté de rattachement d'un enfant à l'un des maris successifs de la femme, fraude à la naissance légitime…). Les codes contemporains n'ont généralement pas touché au délai de l'*'idda* fixé par le Coran lui-même, se bornant tout au plus à substituer au calcul par menstruation une computation mensuelle. En revanche, le délai maximal de la grossesse n'ayant fait l'objet d'aucune Révélation a bénéficié, dans chaque rite, de constructions spécifiques. Les législateurs modernes, en effet, n'étant pas entravé par un donné scripturaire difficilement contournable ont pu, en la matière, poser des normes raisonnables.

II - La reconnaissance de filiation

Un individu, désireux d'établir sa filiation, peut prendre une initiative qui aura pour effet de provoquer une déclaration de

paternité ou de maternité ; mais la filiation ne sera établie qu'autant que le parent revendiqué aura donné son assentiment à la reconnaissance. La preuve de la filiation établie par la reconnaissance peut ainsi et uniquement être le fait d'un homme (A) ou d'une femme (B) qui l'imposeront à l'enfant.

A - *Ta'abbi.* Reconnaissance de paternité

Il y a reconnaissance de paternité lorsqu'un individu déclare, en présence de deux témoins, qu'il est le père d'un enfant, ou s'attribue implicitement la paternité de cet enfant en le traitant comme sien. La reconnaissance de paternité détermine la légitimité ; elle n'est cependant valable que si certaines conditions sont remplies :

Conditions de validité. Elles sont au nombre de trois.

— L'auteur de la reconnaissance pourrait être réellement le père de l'enfant reconnu. Il doit y avoir entre eux une différence d'âge telle qu'il ne soit pas impossible, en fait, que l'un soit le fils de l'autre.

— L'auteur de la reconnaissance pourrait être légalement le père de l'enfant reconnu ; cela signifie que la reconnaissance de paternité ne sera valable qu'autant que l'auteur de la reconnaissance a été marié. Si cet enfant a déjà sa filiation établie à l'égard de sa mère, la reconnaissance n'est opérante qu'autant que son auteur aurait pu avoir des relations régulières avec cette femme. Enfin la reconnaissance serait inopérante si l'enfant avait déjà un père connu parce qu'elle affirmerait le caractère irrégulier de la filiation de l'enfant.

— Enfin la reconnaissance n'est pas destinée à dissimuler une fraude. Elle ne pourrait être considérée comme valable si elle était destinée à frustrer un héritier ou à changer l'ordre légal d'une succession.

Effets. L'enfant qui bénéficie de la reconnaissance se trouve dans la même situation que s'il était né d'un mariage légitime. Il entre dans la famille de l'auteur de la reconnaissance, de plein droit et sans qu'il soit besoin de son adhésion. Il a dans la suc-

cession de son auteur et des parents de celui-ci les droits d'un enfant légitime, sans que leur assentiment à la reconnaissance soit nécessaire.

B - *Ta'ammum.* Reconnaissance de maternité

Les conditions de validité sont les mêmes que pour la reconnaissance de paternité. Les effets peuvent en être différents.

Conditions de validité. Elles sont au nombre de trois.

— La reconnaissance de maternité n'est valable qu'autant que la femme pourrait être la mère de l'enfant reconnu ; il faut donc qu'il y ait entre eux une différence d'âge telle que la conception se place à une époque où la femme était réputée féconde.

— La femme doit avoir pu être légalement la mère de l'enfant reconnu. Il faut donc qu'elle ait été mariée et que la conception ait pu avoir lieu pendant son mariage. Si le mari réputé géniteur vit encore, il est nécessaire qu'il ratifie cette reconnaissance. S'il s'y refuse la reconnaissance unilatérale de la mère n'est plus qu'une reconnaissance de filiation irrégulière, c'est-à-dire l'aveu d'un acte illicite ; elle ne peut donc avoir lieu.

— La reconnaissance ne doit non plus être destinée à faire fraude à la loi

Effets. Il importe de distinguer selon que le mari est vivant ou mort.

— Lorsque, les conditions de validité étant réunies, le mari ratifie la reconnaissance, la filiation n'est pas établie seulement à l'égard de la femme; c'est également une reconnaissance de paternité : l'enfant entre dans la famille du mari dont il devient un successible à part entière.

— Si la reconnaissance émane d'une femme autrefois mariée et concerne l'enfant qu'elle aurait pu avoir pendant son mariage avec un homme maintenant décédé, la filiation de l'enfant est établie vis-à-vis de la mère seulement, et cet enfant n'entrera nullement dans la famille de sa mère ; la reconnaissance n'a d'effet qu'entre la mère et l'enfant. La famille en droit musulman est basée sur le patriarcat, il est donc logique que la reconnais-

sance de maternité n'établisse aucun lien de parenté entre l'enfant reconnu et les parents de la femme qui le reconnaît.

Les codes contemporains abordent, pour la plupart, la filiation en lui conservant sa spécificité juridique et notamment en maintenant les deux reconnaissances du droit classique. Seule innovation, mais judiciairement très encadrée lorsqu'elle existe : la possibilité de faire appel aux tests génétiques pour désavouer une paternité.

III - La filiation adoptive

À l'époque préislamique l'adoption était d'un usage fréquent. Elle créait une véritable parenté entre l'adoptant et l'adopté; il y avait donc une filiation adoptive. L'adopté prenait le nom de l'adoptant et avait une vocation héréditaire à peu près identique à celle résultant de la parenté civile et naturelle; les empêchements au mariage étaient les mêmes. Le Coran (XXXIII-4, 5 et 37) va retirer à l'adoption ses effets de droit à la suite d'événements précis rapportés par le Coran et la Tradition.

Mahomet avait un fils adoptif, Zaïd, époux de Zineb. Zaïd eut le sentiment que son père adoptif désirait cette dernière. Il la répudia et Mahomet l'épousa. Ce mariage surprit la Communauté qui estimait que la filiation adoptive s'opposait à ce type d'union. La Révélation (XXXIII-37) vint alors préciser la norme qu'il importait désormais de suivre: *Quand Zaïd eut cessé tout commerce avec son épouse, Nous te l'avons donnée pour femme afin qu'il n'y ait pas de faute à reprocher aux croyants au sujet des épouses de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci ont cessé tout commerce avec elles*. Confronté à ce verset, les commentateurs musulmans en ont d'abord déduit que la femme de Zaïd n'avait jamais été la bru du Prophète parce que Zaïd ne faisait pas partie de sa famille; que la révélation du verset 37 enlevait à l'adoption tous les effets juridiques qu'on lui reconnaissait jusqu'alors : le fils adoptif ne saurait être assimilé à un fils légitime de l'adoptant; il ne peut donc plus porter son nom ni venir à sa succession; partant, l'adoption ne suscite plus d'empêchement au mariage.

L'adoption (tabbani) *est interdite par la* Sharî'a *et la loi*. Ce texte, (art. 46 du *Code de la famille* algérien), est un remarquable résumé de la position officielle des législateurs modernes sur cette institution. La plupart, du reste, négligent, le plus souvent, d'en rappeler l'existence tant la norme ne saurait être discutée. Un seul pays est allé résolument à contre-courant du *Shar'*, la Tunisie qui, dans une loi du 4 mars 1958, a consacré une institution, démarquée de l'adoption française, donc tout à fait hérésiarque au regard du donné coranique.

Section 2
Droits et devoirs entre parents et enfants

La filiation créée des droits et des devoirs réciproques entre le père (I), la mère (II) et leurs enfants (III).

I - Droits et devoirs du père

Ses droits se résument dans la puissance paternelle (A) et ses obligations dans l'entretien des enfants (B).

A - La puissance paternelle

Essentiellement attachée à la personne de l'auteur qui ne peut y renoncer, ni s'en dépouiller au profit d'une autre personne, mais peut l'exercer par l'intermédiaire d'un mandataire agissant sous son contrôle et sa responsabilité, la puissance paternelle confère des droits sur la personne et sur les biens de l'enfant.

Droits sur la personne de l'enfant. Au temps de la *djâhilîya* ce droit était illimité; le père était le maître de ses enfants; il avait sur eux droit de vie et de mort. Il n'est pas seulement un juge domestique qui peut mettre à mort un de ses enfants en cas de faute grave, il est, en quelque sorte, un propriétaire qui a un droit de libre et absolue disposition sur ses enfants. Lorsqu'il trouve qu'il en a trop, il peut s'en débarrasser en les mettant à mort, par exemple, enterrer vivantes ses filles; en cas de

famine les abandonner. Avec la Révélation coranique la condition de l'enfant s'est améliorée. Le Prophète a retiré le droit de vie et de mort Coran (VI-140 et 151 ; XVII-33) et a énergiquement réagi contre la défaveur dont la naissance des filles était entourée (Coran, XVI-58 et 59; XLII-49 et 50). Depuis la Révélation de ces versets le caractère de la puissance paternelle s'est profondément modifié ; elle était jusqu'alors une *rubûbîya* ou puissance de maître; elle est devenue une *wilâya* ou puissance de protection.

Les prérogatives de cette *wilâya* sont au nombre de quatre : droit d'éducation ; droit de correction pour sanctionner l'inconduite ; mais ce droit est limité aux violences légères, c'est-à-dire ne laissant pas de traces ; droit de louer les services de ses enfants mâles; enfin droit de *djabr* ou contrainte matrimoniale. La durée de la puissance paternelle varie selon les rites, liée selon les cas et/ou les sexes à l'apparition de la puberté, à la déclaration de majorité ou à la perte légale de la virginité. Enfin il peut arriver que le père meure ou soit absent avant l'achèvement de cette *wilâya* dont les prérogatives seront alors exercées par d'autres personnes, spécifiées par chaque rite : tuteur testamentaire, cadi, parents par les mâles, etc.

Droits sur les biens de l'enfant. Le Coran a conféré au père une véritable tutelle sur ces biens qu'il est tenu de gérer dans l'intérêt de l'enfant. Cette puissance n'est pas la même selon les rites : les malékites, par exemple, très proches de l'Islam préislamique, reconnaissent au père des prérogatives exorbitantes, lui permettant notamment d'aliéner les immeubles de ses enfants sans avoir à prendre l'autorisation du juge. Cette puissance paternelle sur les biens n'a pas la même durée que sur la personne ; elle prend fin, en principe, à la majorité de l'enfant. Sauf chez les hanéfites où elle est fixée à 25 ans, cette majorité quant aux biens résulte le plus souvent d'une déclaration ou reconnaissance de capacité qui peut correspondre à un âge donné, à la puberté, au mariage, etc. Si le père meurt, la puissance paternelle sur les biens passe à certaines personnes qui, là encore, varient suivant les rites.

B - Obligations du père

Les obligations qui pèsent sur le père lui sont personnelles : il ne peut y renoncer ; il ne peut s'en décharger, fut-ce sur son épouse. Il est tenu de nourrir ses enfants et de les entretenir, c'est-à-dire de les loger, les alimenter, les vêtir et les éduquer. La durée de cette obligation varie selon le sexe. L'obligation du père s'achève à la puberté du fils, à moins que ce dernier ne soit fou, dégénéré, faible physiquement ou bien que son père ait négligé de lui apprendre un métier. Pour la fille, cette obligation dure plus longtemps ; les rites ne s'accordent pas sur cette durée qui se prolonge, selon les écoles, jusqu'à la viripotence de la fille mariée, ou jusqu'à la consommation de son mariage ou sa reconnaissance de majorité. En règle générale, dans l'Islam classique des juristes, si une fille ne travaille pas, son entretien incombe à son père, tant qu'elle n'est pas mariée, en sorte que, pubère, non majeure et non mariée, elle demeure à sa charge, quel que soit son âge.

II - Droits et devoirs de la mère

Ils sont en étroite corrélation. La mère a le droit de *hadâna*, mot qui désigne l'action de couver, de porter, de protéger, et elle a en principe le devoir d'allaiter ses enfants.

A - La *hadâna* ou garde de l'enfant

Les rites s'accordent rarement sur les contours de cette institution. De nombreuses divergences existent sur le moment où naît la *hadâna* (1), sa dévolution (2), sa durée (3) et son contenu (4).

1 - Quand la femme est-elle titulaire de la hadâna *?*

Pour les malékites, la *hadâna* est partagée par le couple parental; elle ne devient un droit exclusif de la mère qu'à la dissolution du mariage. Les codes contemporains d'Afrique du Nord entérinent cette règle. Les autres rites consacrent *a contrario* la

primauté de la mère pendant le mariage et lui reconnaissent, à l'instar des malékites, un monopole après la dissolution.

2 - Dévolution de la hadâna

Cette dévolution a suscité de nombreuses interrogations : qui peut en être revêtu et selon quels critères ? peut-on renoncer à la *hadâna* ? peut-on en être déchu ?

Les dévolutaires de la *hadâna*. Seules certaines personnes ont vocation à recueillir la *hadâna* dont la dévolution obéit aux règles suivantes :

— Les femmes doivent être préférées aux hommes. La norme est logique; puisqu'elle ne porte que sur des enfants en bas âge, la *hadâna* appartient d'abord à la mère. Si celle-ci meurt, est déchue ou renonce à son droit, la *hadâna* appartient alors à certains parents.

— Parmi les femmes, celles de la ligne maternelle sont préférées à celles de la ligne paternelle. Cette primauté donnée aux parents utérins sur les consanguins traduit sans doute une survivance d'un matriarcat très ancien, antérieur à la *djâhilîya*.

— À défaut de femmes la garde est dévolue aux parents *'asab*, c'est-à-dire aux parents mâles du mari, et, à défaut d'*'asab*, aux parents mâles de la ligne maternelle.

— La personne parente au degré le plus rapproché l'emporte sur celle d'un degré plus éloigné.

— Entre personnes parentes au même degré, la parenté germaine l'emporte sur la parenté utérine, qui l'emporte sur la parenté consanguine.

— Entre parents du même degré et du même lien, le juge doit attribuer la *hadâna* à la personne qui lui paraît le plus digne de la recueillir.

— À défaut de parente ou de parent en situation de recueillir la *hadâna*, elle est alors attribuée au magistrat, qui règle la question de la garde de l'enfant au mieux des intérêts de ce dernier.

De nombreuses nuances séparent les écoles et les codes contemporains consacrent généralement le système de leur obédience rituelle.

Conditions d'accès. Pour recueillir la *hadâna* il ne suffit pas d'y avoir vocation, il faut présenter quelques qualités que les auteurs résument brièvement: être sain de corps et d'esprit, de bonne vie et mœurs, avoir atteint l'âge adulte; si la *hadâna* est dévolue à un mâle, celui-ci ne peut la conserver que s'il est marié, conséquence logique du rôle dévolu à la femme. Les codes contemporains se bornent, le pus souvent, à affirmer que le gardien doit être « apte », les malékites spécifiant la nécessité de la santé du corps. Les textes ne font aucune allusion à la religion de la femme et les commentateurs en ont tiré cette conclusion que rien ne s'oppose à ce qu'elle soit dévolue à une personne appartenant à une religion du Livre. Ce problème est rarement abordé par les lois contemporaines. Lorsque tel est cependant le cas, le principe est consacré mais sa portée est atténuée; par exemple, les Jordaniens décident que si la dévolutaire non musulmane n'est pas la mère, elle est écartée de la *hadâna*.

Renoncement et déchéance. Toute personne appelée à exercer la *hadâna* dispose d'un droit de renonciation dont l'exercice est limité; cette renonciation n'est en effet possible que dans la mesure où le dévolutaire suivant accepte d'exercer la *hadâna.* La *hadâna,* n'est, *de jure*, qu'un démembrement de la puissance paternelle; dès lors on comprend mal que la mère soit autorisée à renoncer à la garde de ses enfants et puisse se refuser à leur donner les soins que leur état requiert. La raison qui a déterminé le législateur musulman est qu'il s'agit d'enfants en bas âge dont l'entretien, toujours délicat, sera mieux assuré s'ils sont confiés à une gardienne consentante et non contrainte.

Après avoir accepté la *hadâna,* une personne peut en être déchue, si elle cesse de satisfaire aux conditions de capacité. Le juge, le plus souvent, sur requête du père, peut être conduit à prononcer cette déchéance dans trois hypothèses.

— La gardienne *(hadîna)* se marie ou se remarie. Si son époux n'est pas parent de l'enfant et, partant, en position, le cas échéant, d'être chargé de la garde, elle encourt la déchéance dans le délai d'un an suivant son mariage.

— La gardienne change de domicile et, par suite de son éloignement, met le père dans l'impossibilité d'exercer sa surveillance sur l'enfant, notamment d'assumer son droit d'éducation. Ce cas de déchéance, souvent lié aux « mariages mixtes » a été intégré dans les codifications malékites contemporaines.
— La *hadîna* exerce une mauvaise influence sur l'enfant, le détournant notamment de son père.

3 - La durée de la hadâna

Elle varie selon les écoles : pour les malékites elle s'exerce jusqu'à la puberté des mâles, et jusqu'à la consommation de leur mariage ou une déclaration de majorité pour les filles. Les autres rites, et notamment l'école hanéfite, fixent à 9 ans pour les filles et 7 ans pour les garçons le terme de la *hadâna*. Les monuments législatifs contemporains respectent généralement ces délais, légèrement allongés dans les codes d'obédience hanéfite. Le code marocain de 2004 a considérablement innové en décidant que « la garde dure jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité légale qu'il soit de sexe masculin ou féminin ».

4 - Contenu du droit de hadâna

C'est la garde des enfants en bas âge et des jeunes enfants, confiés à la *hadîna,* titulaire de la *hadâna,* pour qu'elle puisse leur donner ses soins.

Outre les obligations spécifiques à la mère *hadîna* (*infra* : B), la personne qui exerce la *hadâna* doit veiller à ce que soient assurés le logement, la nourriture, le vêtement, c'est-à-dire l'entretien et l'éducation de l'enfant. Les frais occasionnés par cet entretien ne sont pas à la charge de la *hadîna.* Si l'enfant a des biens, les frais lui seront imputés; à défaut le père sera tenu de solder les dépenses de cet entretien. Mais la *hadîna* doit-elle être rétribuée pour son travail ? Les malékites répondent par la négative, car, estiment-ils, il s'agit d'un devoir de famille, par essence gratuit; pour les autres rites, si la personne à qui la *hadâna* a été confiée est une personne autre que le père, elle a droit à une rétribution indépendamment du remboursement de ses dépenses;

si cette personne est la mère, il faut distinguer suivant qu'elle l'exerce pendant le mariage ou après la dissolution: pendant le mariage, son travail n'est pas rétribué. Les codifications contemporaines ont dans leur ensemble adopté ces distinctions.

B - Les obligations de la mère

Abstraction faite de la *hadâna* dont l'exercice est un devoir en même temps qu'un droit, la mère peut être tenue d'une *nafaka* spécifique : l'allaitement de son enfant. Ce dernier peut être obligatoire ou facultatif.

Allaitement obligatoire. Le principe de cette *nafaka* est posé dans le Coran (II-233) : *Les mères qui veulent donner à leurs enfants un allaitement complet, les allaiteront deux années entières*. Si la mère se trouve dans l'incapacité physique de nourrir son enfant, elle est tenue de fournir, à ses frais, une nourrice, pendant 2 ans, délai coranique qui peut être abrégé du consentement du mari.

Allaitement facultatif. La mère peut refuser d'allaiter dans deux hypothèses. Lorsqu'elle est de condition élevée ou lorsqu'elle fait l'objet d'une répudiation irrévocable. Si néanmoins elle allaite elle peut exiger d'être salariée par son époux, débiteur de la *nafaka*, conformément au Coran (LXV-6). Les lois contemporaines sont très proches du *Shar'* ; certains textes, cependant, tels les codes algérien ou irakien, écartent la norme coranique en posant pour règle la gratuité absolue de cette *nafaka* lorsqu'elle est fournie par la mère.

III - Droits et devoirs des enfants

Les droits des enfants consistent dans la faculté qu'ils ont d'exiger des parents qu'ils s'acquittent de la *nafaka*. Quant à leurs obligations vis-à-vis de ces derniers, elles sont de deux sortes : d'ordre moral d'abord, c'est le devoir de respect qui est d'essence coranique (XIV-58,59), d'ordre civil ensuite, c'est l'obligation alimentaire à laquelle peuvent être tenus les enfants lorsque leurs parents sont dans le besoin. Le principe de cette obligation est également coranique (XVII-26) et a fait l'objet de

constructions classiques. Quels sont les créanciers d'aliments ? Dans quels cas y a-t-il dette ? Quel en est le quantum ? Comment se partage la dette d'aliments entre plusieurs débiteurs ?

Quels sont les créanciers d'aliments? Pour la plupart des écoles, l'enfant doit des aliments à toute personne qui lui est parente au degré prohibé pour contracter mariage. Seuls les malékites sont étrangement restrictifs : dans ce rite l'enfant ne doit des aliments qu'à ses père et mère et aux serviteurs de ces derniers. Il n'y a notamment aucune obligation alimentaire à l'égard des frères et sœurs, des autres femmes du père, du second mari de la mère, etc.

Dans quel cas l'enfant doit-il des aliments ? Pour la plupart des écoles la règle est univoque. Lorsque l'enfant à qui des aliments sont réclamés gagne sa vie et que son requérant est *a contrario* dans l'impossibilité de travailler, l'enfant est tenu de partager les ressources de son travail avec ce dernier. Les malékites établissent des distinctions en fonction de la richesse de l'enfant. S'il est riche il doit fournir les aliments dès que le parent qui les réclame justifie de son indigence ; si l'enfant ne dispose que de ressources dont le partage entraînerait pour lui une gêne, il y a controverse doctrinale sur son obligation de porter assistance.

Le quantum des aliments est fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur ; sa fixation n'est évidemment pas définitive et peut varier avec les situations respectives des parties ; il est normalement déterminé à l'amiable et à défaut par le juge.

S'il y a pluralité de débiteurs, comment va se partager la dette ? La question se pose car au point de vue successoral les enfants ne sont pas tous traités de la même manière, les fils ayant une part double de celle des filles. Les auteurs se sont donc demandés s'il n'était pas logique d'admettre que les filles devraient, en cas de pluralité de débiteurs, n'être astreintes à payer que la moitié de la part des mâles. La question demeure discutée dans tous les rites. Une opinion cependant semble prévaloir, fondée sur une distinction entre débiteurs d'aliments. Si

ce sont des descendants, la dette alimentaire se fractionne par tête entre tous les débiteurs et les filles doivent avoir une dette égale à celle des fils car tous sont tenus en qualité d'enfant et non en qualité d'héritier présomptifs. Si, au contraire, les aliments doivent être fournis par des parents autres que des descendants, la dette se répartit au prorata des droits héréditaires de chacun car ils y sont tenus en qualité d'héritier présomptifs.

On ne saurait dégager une règle uniforme des codes contemporains qui proposent, selon leur obédience, des règles purement malékites, strictement hanéfites, dominé par le droit chaféite ou empruntant à différentes écoles.

Lire aussi

- Blanc F.-P., « Les *nafaqât al-aqârib* dans les droits d'Afrique du Nord », *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, 1993
- Blanc F.-P., *Islam et droit* (direction), Toulouse, 2004
- Borrmans M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours,* Paris-La Haye, 1977
- Chehata Ch., *Théorie générale de l'incapacité en droit musulman*, Paris, 1966
- Foblets M.-C. et Carlier J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005
- Linant de Bellefonds Y., *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Paris, 1973
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Sarehane F., « Le nouveau Code marocain de la famille », *GP*, sept. 2004, n° 247-248

Chapitre IV

Wilâya : tutelle des mineurs

La protection de la personne de l'enfant qui est assurée par la *hadâna* ou droit de garde doit être soigneusement distinguée de la protection de ses biens, en laquelle s'analyse la *wilâya* ou tutelle proprement dite. Comment cette tutelle est-elle organisée (section 1) ? Quels sont les pouvoirs du tuteur (section 2) ? Comment sa gestion est-elle contrôlée (section 3) ?

Section 1
Organisation de la tutelle

En droit musulman il importe peu que le mineur ait ses père et mère, ou soit orphelin; il n'existe pour le mineur qu'un seul régime : celui de la *wilâya*, c'est-à-dire de la tutelle. Un enfant entre en tutelle à sa naissance. Comment en sort-il (I) ? À qui appartient cette tutelle ? (II).

I - La fin de la tutelle

En droit musulman la tutelle prend fin de deux façons : d'abord, comme en droit français, par le décès du mineur, ensuite par la constatation de son aptitude ou *tarshîd*.

La tutelle, en effet, ne cesse pas lorsque le pupille atteint un âge déterminé (seule exception : le droit hanéfite fixe à 25 ans la fin de la *wilâya*) ; elle ne cesse pas non plus par le mariage du mineur. Seul le *tarshîd* est à même de lui conférer la majo-

rité pleine et entière. Les pays musulmans qui ont codifié leur statut personnel se sont tous écartés de la règle classique en établissant un âge fixe d'accès à la majorité qui est généralement de 21 ans. Le *tarshîd* ne disparaît pas pour autant, certains textes (codes marocain et tunisien notamment) prévoyant expressément cette constatation d'aptitude avant l'âge de la majorité légale.

Cela étant, les conditions que suppose cette constatation d'aptitude sont au nombre de deux: la puberté (A) et l'aptitude de l'incapable à gérer sa fortune (B); la reconnaissance de cette aptitude par le tuteur ou par le juge libère définitivement le pupille.

A - La puberté

Dans la plupart des rites, elle confère la majorité quant à la personne: l'individu pubère a donc, en principe, la libre disposition de sa personne, non celle de ses biens, au regard desquels il demeure en état de minorité. Il y a donc deux minorités et deux majorités; une minorité quant à la personne qui dure autant que l'impuberté et qui débouche sur une majorité dite somatique; et une minorité quant aux biens qui peut se prolonger au-delà de la puberté et qui, s'achevant par une constatation d'aptitude, débouche sur une majorité dite chrématique.

B - Reconnaissance par le tuteur ou par le juge de l'aptitude de l'incapable à gérer sa fortune

Cette reconnaissance est-elle discrétionnaire? Le tuteur a-t-il à cet égard un pouvoir souverain? Le Coran (IV-6) en pose manifestement le principe, mais la pratique semble avoir généralement opéré une distinction en fonction du sexe de l'enfant. À l'égard des pupilles mâles, le pouvoir d'appréciation du tuteur est sans conteste discrétionnaire; à l'égard des pupilles de l'autre sexe les controverses sont nombreuses; d'aucuns, en effet, estiment que seul le père, revêtu de la *wilâya*, bénéficie à l'égard des filles de ce pouvoir souverain qu'ils refusent aux autres tuteurs; les résultats de ces débats sont contrastés selon les écoles; par exemple l'opinion qui semble prévaloir dans le rite malé-

kite est que seuls le père et le tuteur testamentaire ont un pouvoir discrétionnaire pour déclarer capables leurs pupilles de sexe féminin, le cadi ne pouvant les déclarer majeurs qu'après une enquête favorable sur leur aptitude à gérer leur fortune.

Quoi qu'il en soit, il est généralement admis que le *tarshîd,* lorsqu'il émane du père et concerne un pupille du sexe masculin, peut être tacite; dans tous les autres cas la constatation d'aptitude doit être expresse et faire l'objet d'une déclaration.

II - Qui est tuteur?

Quelles sont les personnes susceptibles d'être revêtues de la *wilâya* ? Y a-t-il des conditions d'aptitude pour gérer la tutelle? Des nuances séparent les écoles.

Chez les malékites la tutelle appartient tout d'abord au père, puis au *wasî* (tuteur testamentaire), puis au cadi. Chez les hanéfites et les chaféites la tutelle appartient en premier lieu au père, puis au tuteur testamentaire, puis au tuteur testamentaire nommé par le tuteur testamentaire, puis à l'aïeul paternel, puis au tuteur testamentaire nommé par l'aïeul paternel, puis au cadi. Lorsque la tutelle échoit au cadi, il l'exerce indirectement par le truchement d'un mandataire qu'il désigne, le *mukaddam*.

Pour pouvoir gérer la tutelle, il faut de surcroît satisfaire à un certain nombre de conditions: être musulman, sain d'esprit et en état de se conduire et d'administrer ce qu'on possède; mais il n'est pas nécessaire d'être du sexe masculin; la mère donc, qui ne peut être tutrice légale, peut être nommée tutrice testamentaire, mais il faut qu'elle soit musulmane. Une mère chrétienne peut donc être revêtue de la *hadâna* mais non de la *wilâya.* Les auteurs musulmans ont considéré la *hadâna* comme une institution du droit naturel et la *wilâya* comme une fonction publique. Cette exigence d'honorabilité fait l'objet d'appréciations divergentes dans les monuments législatifs contemporains; certains exigent la *'adâla* et, partant, expressément, la condition d'islamisme; d'autres seulement la *amâna* qui implique seulement que le tuteur soit capable, diligent et

honnête, d'autre enfin confèrent à la mère la tutelle de plein droit au décès du père.

L'attribution de la tutelle n'est pas définitive et irrévocable. Le tuteur est placé sous la surveillance du cadi; et si celui-ci estime que les intérêts du mineur l'exigent, il peut soit adjoindre au tuteur une sorte de subrogé-tuteur, soit révoquer le tuteur, fut-il le père.

Section 2
Pouvoirs du tuteur

Il existe, en ce qui concerne le rôle, les attributions et les pouvoirs du tuteur, une grande analogie entre le droit musulman et le droit français. L'analogie est surtout frappante en ce qui concerne le rite hanéfite, manifestement influencé par les règles du droit romain de la tutelle et de la curatelle.

En droit musulman, comme en droit français, le tuteur a qualité pour représenter le pupille dans tous les actes de la vie civile. Cette représentation est une obligation; son inaction engage sa responsabilité au même titre que son action. Il accomplit ainsi, au nom et pour le compte du pupille, des actes qui seront, dès lors, réputés accomplis de plein droit par celui-ci. L'étendue de cette compétence emporte certaines limites (I) que le tuteur ne saurait franchir (II).

I - Les limites de la *wilâya*

La compétence du tuteur n'est pas absolue: certains actes lui sont formellement interdits (A); d'autres ne peuvent être passés qu'autant que certaines formalités auront été remplies (B).

A - Actes formellement interdits au tuteur

Ils sont de deux sortes. Il s'agit d'abord des actes qui dépouillent le pupille sans compensation; le tuteur, par exemple, ne peut faire donation des biens de son pupille car cet acte appauvrit nécessairement sans compensation; il s'agit ensuite des actes qui

mettent en opposition d'intérêt le tuteur et le pupille. Il est, par exemple, interdit au tuteur de vendre au pupille un bien appartenant à lui même. Si, cependant, ces actes ne peuvent être évités – par exemple un procès était pendant entre le tuteur et le père décédé du pupille –, on doit doter le pupille d'un tuteur *ad hoc*.

B - Actes que le tuteur ne peut accomplir qu'en observant certaines formalités

Ces actes sont non seulement ceux qui emportent disposition de biens immobiliers appartenant au pupille (cession de la pleine propriété, cession d'un démembrement de la propriété) mais également les actes susceptibles de compromettre directement ou indirectement la fortune immobilière du pupille (action immobilière, transaction…) parce que le résultat pourrait en être préjudiciable et se traduire par un amoindrissement de sa fortune.

Ces actes, le tuteur ne peut les accomplir qu'avec une autorisation de justice et celle-ci ne peut être donnée que dans deux cas : nécessité absolue (exemple : le mineur est sous le coup d'une saisie; pour désintéresser le créancier il faut vendre un immeuble) et avantage évident (exemple: un acheteur offre pour un immeuble un prix inespéré). L'aliénation, une fois autorisée par le magistrat, aura lieu dans son prétoire et aux enchères. Le cadi devra également surveiller l'emploi provenant du prix. S'il y a eu aliénation pour cause d'avantage évident, la totalité du prix sera employée à l'achat d'un autre bien; s'il y a eu aliénation pour cause de nécessité absolue afin, par exemple, d'éviter une saisie, le créancier sera désintéressé et le reliquat, s'il y en a un, devra être employé à l'achat d'un immeuble.

II - Sanction des règles concernant les pouvoirs du tuteur

Cette sanction est fonction des différents cas de figure possibles.

Le mineur a agi seul. L'acte est irrégulier. Il convient de distinguer selon qu'il a fait ou non l'objet d'une ratification. Si le tuteur a consenti à ratifier, ou si, à défaut, le mineur devenu majeur a ratifié, l'acte devient inattaquable. Si l'acte n'a pas été ratifié, il peut être attaqué et annulé, en se fondant sur l'incapacité du pupille, même s'il a profité à ce dernier.

Le tuteur a accompli un acte qui lui était formellement interdit. Les textes font une distinction. Si l'acte était interdit au tuteur parce qu'il ne pouvait avoir d'autre conséquence qu'un appauvrissement pour le pupille, l'acte est entaché de nullité; et il suffit de prouver l'irrégularité commise pour que le juge saisi de l'action en nullité doive l'accueillir. Si, au contraire, l'acte n'était interdit au tuteur que parce qu'il le mettait en opposition d'intérêt avec son pupille, il ne peut être question que d'une rescision pour lésion. Il ne suffira pas de prouver l'irrégularité commise, il faudra prouver le préjudice.

Le tuteur a accompli seul un acte qu'il aurait dû accomplir en observant certaines formalités. Les rites et les docteurs au sein d'une même école ne s'accordent pas. D'aucuns estiment qu'il y a nullité absolue pour inobservation des formes; d'autres affirment qu'il faut prouver le préjudice pour démontrer la lésion.

Le tuteur a agi régulièrement et dans les limites de ses pouvoirs. En ce cas, l'acte accompli par le tuteur est inattaquable, même pour cause de lésion. Cette règle est suivie par toutes les écoles, sauf par le rite hanéfite. Manifestement inspiré de la législation romaine du Bas-Empire, le droit hanéfite admet que, même lorsque le tuteur a agi régulièrement, la rescision de l'acte peut être demandée et obtenue s'il y a lésion grave.

Section 3
Contrôle de la gestion du tuteur

Le droit classique (I) est marqué par un certain nombre d'insuffisances, corrigées dans de nombreux pays par de nouvelles normes, plus protectrices des intérêts des mineurs (II).

I - Le droit classique

La mission du tuteur prend fin par le décès du pupille, par le *tarshîd,* par le décès ou la révocation du tuteur. À l'expiration de cette mission il y a lieu à reddition de comptes. Si la reddition du compte de tutelle est motivée par le décès du pupille, c'est à ses héritiers que le compte de tutelle sera rendu ; s'il y a eu constatation de la majorité, le compte sera rendu à l'ancien pupille ; s'il y a eu décès du tuteur, ses héritiers rendront compte au cadi ; si le tuteur a été révoqué par le cadi, il rendra lui même compte à ce dernier. Ce faisant, le tuteur doit restituer tous les biens dont la gestion lui a été confiée, fournir un compte exact des recettes qu'il a encaissées et des dépenses qu'il a faites et les justifier. Cette justification, à la différence du droit français, ne se fera pas par écrit, mais, conformément au Coran (IV-6), par la voie testimoniale.

Le compte de tutelle peut se traduire par l'attribution au mineur d'une créance contre son tuteur ; ou bien il peut constituer le tuteur créancier de son ancien pupille. Si le pupille est créancier, il en usera, vis-à-vis de son tuteur, comme en use et peut en user tout créancier à l'égard de son débiteur. Si c'est, en revanche, le tuteur qui est créancier et s'il a pris soin, pour garantir sa créance, de ne pas se dessaisir de tous les biens qu'il détenait, le droit de rétention lui est refusé conformément au Coran (IV-2).

En droit musulman, il n'y a ni hypothèque légale, ni caution légale exigée au moment de l'entrée en fonction ; il n'y a pas de conseil de famille ni de subrogé tuteur permanent ; la seule garantie que possède le pupille contre la gestion de son tuteur réside dans le droit de contrôle du cadi sur la gestion tutélaire. Ce contrôle cadial peut d'abord s'exercer à l'occasion d'un acte déterminé. Si, par exemple, un acte doit être passé dans lequel le tuteur et le pupille se trouvent en opposition d'intérêt, il appartient au seul cadi de désigner un tuteur *ad hoc* ; mais le cadi dispose surtout d'un pouvoir général de contrôle et de surveillance sur l'ensemble de la gestion de tous les tuteurs ; ce pouvoir peut se traduire, selon les cas, par des demandes d'ex-

plication, suivies éventuellement de remontrances, par l'adjonction d'un subrogé-tuteur autorisé, le cas échéant, à prendre des mesures conservatoires, voire même par la destitution du tuteur malhonnête. L'exercice de ce droit sera toutefois limité dans son amplitude *ratione personae tutoris*.

— Si la tutelle est gérée par le père, la surveillance du cadi ne doit s'exercer que de haut et de loin, car il y a lieu de présumer, en raison du lien de parenté et de l'affection qui l'unissent à l'enfant, que la tutelle sera bien gérée. Tous les rites s'accordent pour subordonner l'intervention du cadi à des faits d'une gravité exceptionnelle, ce qui se traduit en pratique par une absence totale de contrôle de la tutelle du père.

— Si la tutelle est gérée par un tuteur testamentaire, les textes, tous rites confondus, autorisent le cadi à exercer une surveillance rapprochée; de simples irrégularités peuvent théoriquement justifier une destitution. Le cadi doit cependant apporter une certaine retenue dans l'accomplissement de sa mission, parce que le tuteur testamentaire a été choisi par le père. Cette recommandation de modération se traduira dans les faits par l'inexistence de tout contrôle sérieux de la gestion du tuteur testamentaire.

— Si la tutelle est gérée par un *mukaddam*, le cadi n'est plus entravé par les textes pour exercer son droit de contrôle et de surveillance; il intervient quand et comme bon lui semble; c'est la conséquence pure et simple de cette idée que le *mukaddam* n'est pas en réalité un tuteur, qu'il n'est que le mandataire du cadi et que le mandat, une fois donné, est révocable *ad nutum*, au gré du mandant. Dans la pratique, là encore, il en va différemment, le contrôle du cadi est toujours bienveillant, précisément parce que le *mukaddam* est un mandataire dont il est responsable: affirmer la responsabilité de ce mandataire, c'est affirmer sa propre responsabilité, ce que le cadi hésitera toujours à faire.

Ce droit de contrôle et de surveillance du cadi est donc tout à fait insuffisant. C'est pourquoi dans la plupart des pays musul-

mans, des réformes ont été suscitées lorsque la tutelle est gérée par un tuteur autre que le père.

II - Le droit moderne

Ces réformes ont emprunté deux voies différentes mais complémentaires : des organisations judiciaires ou parajudiciaires ont été créées pour être substituées au juge dans sa mission de contrôle général des tutelles; des textes législatifs ont, par ailleurs, été promulgués pour préciser les pouvoirs des tuteurs et contrôler leurs comptes.

Dès 1873 en Égypte, le *majlis al-habi*, sorte de conseil des tutelles, déchargeait le juge de droit commun de toute compétence en ce domaine; l'Irak suivra la même voie en 1934, la Tunisie en 1957, le Maroc fera de même en 1993 avec la création du conseil de famille.

Les pouvoirs des tuteurs ont, par ailleurs, été circonscrits par différents textes. Le *walî,* tuteur légal, n'a généralement pas fait l'objet de mesures restrictives; certains pays cependant n'ont pas hésité à limiter ses compétences en ce qui concerne la vente des immeubles du pupille, c'est, notamment, le cas du Soudan, de la Syrie, de l'Égypte et de l'Algérie. La restriction des pouvoirs du *wasî,* tuteur testamentaire fait, en revanche, l'objet d'un consensus général des pays ayant codifié leur statut personnel : le *wasî* se trouve désormais subordonné au juge pour la plupart des actes entrant dans sa tutelle; presque tous les codes contemporains l'astreignent également à une reddition des comptes des plus sérieuses; ils n'ont pas de surcroît hésité à imposer la désignation d'un tuteur *ad hoc* toutes les fois que le mineur peut encourir un risque du fait de son tuteur légal ou testamentaire : il en est particulièrement ainsi lorsque les intérêts du tuteur peuvent se trouver en conflit avec ceux du mineur. Enfin, le *musrif* ou *nâsir,* subrogé-tuteur, institution à peine ébauchée par le *fiqh* classique, est également suscité par certaines législations pour contrôler le tuteur.

Lire aussi

- Borrmans M., *Le droit de garde*, IBLA, Tunis, 1967
- Linant de Bellefonds Y., *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Paris, 1973
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Pesle O. , *La tutelle dans le* chra *et dans les législations nord-africaines*, Casablanca, 1945
- Safai H., *La protection des incapables. Étude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques*, thèse droit, Paris, 1965

Chapitre V

Fara'ïd: les successions

Au temps de la *djahiliya*, la famille proprement dite ne comprend que des mâles. La femme n'a, pour ainsi dire, pas de personnalité juridique ; elle est, plus ou moins, un élément du patrimoine de sa famille. Une fois mariée, elle ne compte pas davantage dans la famille du mari et, au décès de celui-ci, elle passe aux héritiers du mari avec les autres biens de la succession. La famille étant ainsi constituée, on estimait que la femme ne pouvait avoir une vocation héréditaire, celle-ci n'existant qu'au profit des mâles, parents par les mâles.

Mahomet a maintenu cette vocation héréditaire reconnue aux mâles, parents par les mâles. Mais – et c'est là l'innovation – il a admis à succéder certaines femmes et certains parents par les femmes: fille, sœur germaine, sœur consanguine, mère, frère utérin. Ce faisant, il n'aurait fait que généraliser des usages admis dans la ville de La Mecque où le régime du matriarcat avait laissé des survivances non douteuses; on continuait à y reconnaître l'existence d'une parenté par les femmes. D'autre part, La Mecque était une ville de négoce, en relations constantes avec des peuples qui admettaient à succéder les femmes et les parents par les femmes aussi bien que les mâles et les parents par les mâles. Le Prophète n'aurait ainsi fait que combiner la vieille coutume de l'Arabie préislamique et les coutumes spéciales de La Mecque. Il est de fait que les réformes réalisées par lui dans l'intérêt des femmes ont été acceptées sans difficulté par les *Compagnons*, d'origine mecquoise, alors qu'elles furent

très énergiquement combattues par les *Ansar*, d'origine médinoise. Ainsi s'expliquerait la coexistence, dans la loi musulmane, de deux grandes catégories d'héritiers : les héritiers *'asab*, mâles, parents par les mâles, appelés par la coutume immémoriale de l'Arabie ; et les héritiers à *fard,* pour la plupart femmes ou parents par les femmes, appelés en vertu des réformes réalisées par le Prophète.

En droit musulman, à la différence notamment du droit français, l'héritier n'est qu'un successeur aux biens, chargé de la liquidation de la succession, dans l'intérêt des créanciers héréditaires. Il est investi de plein droit de la propriété des biens de la succession, sans avoir à solliciter du juge un envoi en possession. Il n'est donc pas le continuateur de la personne du *de cujus* ; il n'est tenu des dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il recueille. Pour les musulmans, en effet, le rapport d'obligation est strictement personnel ; le créancier ne connaît et ne peut connaître, en principe, que son débiteur. L'héritier du défunt n'étant pas le débiteur personnel du créancier, celui-ci n'a aucune action contre lui. Il n'a et ne peut avoir d'action que sur les biens laissés par son débiteur.

Le législateur musulman est ainsi conduit à prendre des mesures pour sauvegarder les droits des créanciers de la succession et empêcher que les biens constituant leur seul gage ne vinssent se confondre avec ceux des héritiers. La loi musulmane a donc posé le principe qu'il faut, avant tout, lorsqu'un individu décède, liquider sa succession, c'est-à-dire voir s'il y a des créanciers et s'il y a lieu de payer ces créanciers. Ce n'est que lorsque la succession aura été liquidée que les héritiers pourront se dire héritiers et disposer des biens de la succession. L'héritier du droit musulman est donc avant tout un liquidateur ; il est, en outre, un liquidateur nécessaire ; il ne peut pas se soustraire à cette charge, car les dispositions du droit musulman des successions sont impératives et ont un caractère d'ordre public. Ce principe se traduit par trois conséquences :

— **On ne peut écarter de sa succession ceux que la loi y appelle.** On ne peut pas exhéréder. La norme est coranique (IV-7) : Ceux

qui sont appelés par la loi à une succession ont droit à *une part déterminée* de cette succession.
— **On ne peut pas écarter indirectement de la succession ceux que la loi y appelle, en disposant de ses biens à titre gratuit.**
— **On ne peut pas changer l'ordre légal des successions**, c'est-à-dire qu'on ne peut modifier la situation respective des héritiers, telle qu'elle est déterminée par la loi. La norme est coranique (IV-33): la loi a indiqué les héritiers, fixé à chacun leur part, et, par conséquent, déterminé leur situation respective en fonction de leur degré de parenté et de leur sexe. Le droit successoral apparaît ainsi comme une dépendance du statut familial. En conséquence, si un individu veut modifier cette situation en attribuant une partie du disponible à l'un de ses héritiers, le legs est nul. Ainsi ramenés à leurs limites les *fara'id* forment un ensemble à la fois simple et complet. Le donné scripturaire de la matière est abondant. Les commentateurs ont développé le texte du Coran et de la *Sunna* par les techniques de l'interprétation et de l'extension analogique; de fait les légistes ont, en réalité, peu ajouté à la construction primitive élaborée par le Prophète. Le rôle primordial de ce dernier transparaît dans l'analyse de la vocation héréditaire (section 1) et dans les ordres d'héritiers (section 2).

Section 1
La vocation héréditaire

Elle suppose l'ouverture de la succession (I) et la réunion de certaines qualités pour y être appelé (II).

I - Ouverture de la succession

La succession s'ouvre normalement par la mort; exceptionnellement, elle peut s'ouvrir avant la mort.

A - Principe : la succession s'ouvre par la mort

Celle-ci peut être réelle ou présumée. La mort réelle est celle qui est certaine, parce que constatée par des témoins ou par un

acte régulier. La mort est présumée lorsqu'il s'est écoulé un certain temps depuis qu'une personne a disparu; mais il ne suffit pas que la mort d'une personne paraisse vraisemblable pour qu'elle puisse être présumée: il faut que cette vraisemblance ait fait l'objet d'une constatation, et c'est le juge seul qui a qualité pour y procéder. Il en est ainsi lorsqu'on a établi devant lui que la personne dont il s'agit aurait atteint la limite extrême de la vie humaine, c'est-à-dire, dans le rite malékite, 70, 75 ou 80 ans, suivant les auteurs ; dans les autres rites 90, 100 ou 120 ans, suivant les auteurs.

B - Exception : la succession est ouverte avant la mort

La succession peut s'ouvrir s'il y a mort civile provoquée par l'apostasie. L'apostat, s'il ne rétracte pas son apostasie, doit être mis à mort. Mais il n'est pas réputé décédé à compter de son exécution ; il s'est retranché lui-même de la communauté musulmane en apostasiant. C'est à ce moment que s'ouvre sa succession ; ses héritiers ne pourront réclamer que les biens qu'il possédait avant la renégation. Si, durant le temps qui s'est écoulé entre l'apostasie et l'exécution de l'apostat, celui-ci a acquis de nouveaux biens, ses héritiers ne pourront y prétendre puisque, à leur égard, il est déjà réputé décédé. Pour la même raison, dans tous les rites, on décide que le mariage de l'apostat est dissous, non pas au moment de son exécution, mais au moment de son apostasie. Dans le rite hanéfite, ces solutions ne concernent que l'apostat mâle ; la femme apostate ne doit pas être mise à mort ; elle sera incarcérée, ne sera réputée décédée que lors de sa mort naturelle et sa succession pourra être appréhendée par ceux qui, à ce moment, ont le droit de se dire ses héritiers. Enfin, pour le rite chaféite, il n'y a pas lieu d'ouvrir la succession de l'apostat, car, estiment les docteurs de cette école, qu'il soit exécuté s'il ne se rétracte pas, ou qu'il vienne à mourir de mort naturelle avant son exécution, l'apostat ne laisse aucune succession ; il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les biens que

l'apostat a pu acquérir avant ou après son apostasie. Tout doit être confisqué et aller au Trésor public ou *Baït al-Mal*.

II - Des qualités requises pour succéder

Ces qualités sont au nombre de trois : être vivant au moment de l'ouverture de la succession (A) ; être uni au *de cujus* par un lien qui confère la qualité de successible (B) ; n'être pas atteint d'une incapacité de succéder (C).

A - L'existence du successible au moment de l'ouverture de la succession

C'est à celui qui revendique une succession d'établir qu'il était vivant au moment où cette succession s'est ouverte. Cette preuve se fera par témoins. Tel est le principe que le droit musulman assortit d'une exception au bénéfice de l'enfant simplement conçu au moment de l'ouverture de la succession.

Principe. Hormis le cas de l'absent, cette preuve ne présente *a priori* aucune difficulté. Il se peut, en effet, qu'une personne normalement appelée à une succession se trouve en état d'absence au moment où cette succession s'est ouverte. L'existence de cette personne est alors incertaine. La part lui revenant sera mise en réserve pour lui être remise si, par la suite, elle se présente. Si elle ne se présente pas, le *fiqh* envisage deux cas de figure. Si la preuve de son décès vient à être rapportée, et s'il est établi que ce décès est postérieur à l'ouverture de la succession, ses héritiers seront autorisés à revendiquer de son chef la part de succession lui revenant. S'il est établi que l'absent était déjà décédé au moment où la succession s'est ouverte, la part mise en réserve dans son intérêt sera attribuée à ses cohéritiers, ou, s'il était seul, aux héritiers de l'ordre suivant. Si cependant on ne peut prouver le décès de l'absent, si son existence demeure incertaine jusqu'au jour où il aurait atteint la limite extrême de la vie humaine, et si un jugement est intervenu pour le constater, on doit le tenir pour décédé, à compter du jour où, pour la dernière fois, on a eu de ses nouvelles. Si, par application de

cette règle, il est réputé décédé avant l'ouverture de la succession, ses héritiers ne pourront pas revendiquer de son chef la part de succession mise en réserve dans son intérêt.

L'exception. Les auteurs musulmans, comme le législateur français, considèrent que l'enfant simplement conçu au moment où la succession est venue à s'ouvrir, doit, d'une manière générale, être réputé vivant toutes les fois qu'il y a intérêt pour lui à être considéré comme tel. Dès lors, on pourra revendiquer une part de succession du chef d'un enfant conçu, à la condition de prouver qu'il était conçu au moment où la succession s'est ouverte et qu'il est né vivant, et cela suffit. En effet, si, né vivant, il meurt ensuite, la succession peut être revendiquée de son chef. Peu importe donc qu'il ne fût viable.

B - Le fondement de la qualité de successible

Il est double : la parenté et le mariage sont aujourd'hui les seuls fondements classiques qui fondent la qualité de successible.

La parenté. C'est le lien qui unit deux personnes descendant l'une de l'autre; c'est la parenté par le sang, prototype des causes de successibilité ; les autres causes, telle par exemple que l'esclavage, n'avaient été admises que par assimilation.

Le mariage. En cas de décès de l'un des époux, le conjoint survivant est appelé à lui succéder. Ce principe est admis par tous les rites, sauf par le droit chiite lorsque le mariage est temporaire.

C - De l'incapacité de succéder

Parmi les causes emportant incapacité de succéder, une seule est absolue, les autres sont relatives.

L'apostasie suscite une incapacité absolue de succéder. L'apostat est privé de toute vocation héréditaire, de quelque succession qu'il s'agisse. Cette solution est tout à fait logique, puisque l'apostat est frappé de mort civile.

Deux autres causes emportent une incapacité relative de succéder : l'homicide et la différence de religion.

L'homicide fait l'objet d'appréciation divergente selon les rites et selon sa gravité subjective. Dans le rite malékite seul l'homicide volontaire est une cause d'incapacité de succéder. Celui qui a commis un homicide involontaire peut, par conséquent, venir à la succession ; sa quote-part sera cependant diminuée du montant du prix du sang qu'il aura dû payer. Dans les autres rites, il y aura incapacité même au cas d'homicide involontaire.

La différence de religion entraîne le plus souvent une incapacité relative. C'est ainsi que le chrétien et le juif n'héritent pas du musulman ; il s'agit d'empêcher que les communautés chrétienne ou juive s'enrichissent au détriment de la communauté musulmane. Quant au musulman, il n'hérite ni du chrétien, ni du juif; on a voulu empêcher que le désir d'hériter ne multipliât les mariages mixtes entre musulmans et femmes chrétiennes ou juives, créant des foyers d'influence étrangère au sein des familles musulmanes.

Enfin, dans le cadre de la *Umma*, le chrétien n'hérite pas du juif, et inversement. Cette règle posée par les malékites et les hanbalites prendrait sa source dans le Coran (V-48) : *Nous avons donné à chacun d'entre eux, une règle et une loi*. Les commentateurs de ces rites ont alors estimé que chacune des communautés religieuses a été enfermée dans un compartiment déterminé, afin qu'aucune communication ne fût dès lors possible entre les adeptes de religion différente. Les rites hanéfite et chaféite ont choisi une autre option : ils admettent que le chrétien peut hériter du juif, et inversement, parce qu'ils sont des *gens du Livre* (*kitabiyin*), appartenant, en quelque sorte, à une même catégorie juridique.

Ces deux incapacités sont personnelles et ne s'étendent pas aux parents, même les plus proches des incapables. L'héritier écarté de la succession pour une de ces deux causes, n'exclut aucun héritier.

Section 2
Les ordres d'héritiers

Le droit musulman distingue deux grandes catégories d'héritiers: Les héritiers qui ont droit à un *fard*, c'est-à-dire au prélèvement d'une quote-part de la succession (I) ; les héritiers *'asab*, parents par les mâles ou assimilés, qui ont droit à ce qui reste de la succession quand le prélèvement des *fard* a été opéré (II). À ces deux premières classes de successibles viennent s'ajouter, dans le rite hanéfite, les *dhawi'l-arham* ou parents par les femmes, appelés à défaut de parents par les mâles (III). À défaut d'héritier appartenant à l'une des classes précédentes, la succession échoit au Trésor public ou *Baït al-Mal* (IV).

I - Les héritiers à *fard*

Ce qui caractérise essentiellement la situation des héritiers à *fard*, c'est que la loi leur réserve une certaine part dans la succession, et qu'ils ne peuvent recueillir plus que cette part. Tel est le principe (A) dont l'application se révèle parfois impossible (B).

A - Les normes posées par la *Sharî'a*

Les héritiers à *fard* sont le père et la mère (1), le conjoint survivant (2), la fille (3), le frère utérin et la sœur utérine (4), la sœur germaine (5).

1 - Les ascendants

Le Coran (IV-11) détermine les droits des père et mère ; l'*idjmâ'* leur assimile certains ascendants.

Le père et la mère. Coran (IV, 11): *Si le défunt a laissé un fils, un sixième de l'héritage reviendra à ses père et mère. S'il n'a pas d'enfant et que ses parents héritent de lui : le tiers reviendra à sa mère. S'il a des frères : le sixième reviendra à sa mère, après que ses legs ou ses dettes auront été acquittés.* Par *« fils »*, selon les commentateurs, il faut entendre un fils, une fille, ou un petit-

fils et une petite-fille nés d'un fils prédécédé, ou bien un arrière-petit-fils et une arrière-petite-fille nés d'un petit-fils, né lui-même d'un fils prédécédé. Par *« frère »*, il faut entendre un frère germain, ou un frère consanguin, ou un frère utérin, ou une sœur germaine, ou une sœur consanguine, ou une sœur utérine, ou un frère germain et une sœur germaine, ou un frère utérin et une sœur utérine, ou un frère consanguin et une sœur consanguine.

Le Coran (IV-11) consacre dès lors les deux solutions suivantes.

— Si le défunt a laissé un enfant, le père a droit à 1/6 et la mère à 1/6.

— S'il n'a laissé ni enfant ni frère, la mère a droit à 1/3; elle a le même droit s'il n'a pas laissé d'enfant, mais seulement un frère; elle a droit au 1/6 si le défunt a laissé deux frères au moins.

Les autres ascendants. Le même texte (Coran, IV-11) ne vise expressément que la situation du père et de la mère. Il est muet sur le sort à réserver aux ascendants: grand-père et grand-mère, arrière grand-père et arrière grand-mère. Ce texte sera étendu à certains d'entre eux par voie d'analogie.

2 - Le conjoint survivant

Son sort est scellé sans équivoque par le Coran. Si le conjoint survivant est le mari, il faut suivre le verset IV-12 : *Si vos épouses n'ont pas d'enfants, la moitié de ce qu'elles vous ont laissé, vous revient. Si elles ont un enfant, le quart de ce qu'elles vous ont laissé vous revient, après que leurs legs où leurs dettes auront été acquittées.*

Si le conjoint survivant est la femme, ses droits sont de moitié de ceux du mari (Coran, IV-13): *Si vous n'avez pas d'enfants, le quart de ce que vous avez laissé reviendra à vos épouses. Si vous avez un enfant, le huitième de ce que vous avez laissé leur appartient, après que vos legs ou vos dettes auront été acquittés.* Si donc le mari est mort sans enfant, la femme aura droit à 1/4; s'il y a des enfants à 1/8.

Une seule exception tempère ces principes admis par tous : dans le mariage temporaire chiite, le conjoint survivant n'hérite pas.

3 - La fille

Si, à côté de la fille, est appelé à la succession un fils, frère de cette fille, celle-ci perd la qualité d'héritier à *fard*, emprunte à son frère la qualité d''*asab*, est dite *'asab par un autre* et vient en même temps que lui à la succession en cette qualité. La fille n'est donc héritier à *fard* qu'en l'absence d'un *'asab* du même degré et du même lien. En ce cas, le Coran (IV-11) lui attribue un *fard* de moitié; s'il y a plus de deux filles, elles auront les 2/3. S'il y a deux filles, on admet par analogie que tout doit se passer comme s'il y avait plus de deux filles; elles auront également les 2/3.

Le Coran (IV-176) pose, en effet, la règle suivante: *Quant à vos enfants, Dieu vous ordonne d'attribuer au garçon une part égale à celle de deux filles. Si les filles sont plus de deux, les deux tiers de l'héritage leur reviendront ; s'il n'y en a qu'une, la moitié lui appartiendra.* Il s'ensuit que le frère et la sœur viennent à la succession en qualité d'*'asab*, la sœur perdant alors sa qualité d'héritier à *fard*. Selon le même verset, s'il n'y a pas de frère, les sœurs viendront à la succession au titre d'héritier à *fard* ; et, s'il n'y a qu'une sœur, elle aura 1/2 ; s'il y en a deux elles auront les 2/3. II a paru impossible que deux filles soient traitées plus mal que deux sœurs : si deux sœurs ont 2/3, deux filles doivent les avoir également. Le verset IV-12, ne parle que de la fille et non de la petite-fille. On a étendu à cette dernière par voie d'analogie les solutions admises pour la fille. Si donc, à côté de la petite-fille, il y a un petit-fils ou un arrière petit-fils, ou si, avant la petite-fille, il y a un fils, la petite-fille viendra comme *'asab*. S'il n'y a ni fils, ni petit-fils, ni arrière petit-fils, la petite-fille viendra comme héritier à *fard*.

4 - Le frère utérin et la sœur utérine

Leur situation est déterminée par le Coran (IV-12) : *Quand un homme ou une femme n'ayant ni parents, ni enfants laisse un*

héritage : s'il a un frère ou une sœur : le sixième en reviendra à chacun d'entre eux. S'ils sont plusieurs : ils se répartiront le tiers de l'héritage, après que ses legs ou ses dettes auront été acquittés sans préjudice pour quiconque.

Si donc le défunt est mort sans laisser ni descendant, ni ascendant mâle, le frère utérin ou la sœur utérine viendra à la succession en qualité d'héritier à *fard* et recevra 1/6. S'il y a un frère utérin et une sœur utérine, ou deux frères utérins ou deux sœurs utérines, ou plus, il leur est attribué 1/3 qu'ils se partageront par tête, même si les ayants droit ne sont pas du même sexe.

La solution peut paraître surprenante, puisque lorsqu'il s'agit de frères germains ou consanguins, le mâle, en vertu du verset IV-176, prend une part double de celle de la femme. Mais, les auteurs musulmans nous disent que le frère utérin étant seulement parent par les femmes, le lien est trop faible pour consacrer le privilège de masculinité.

5 - La sœur germaine

Pour qu'elle vienne à la succession comme héritier à *fard*, il faut que le défunt n'ait laissé ni enfant, ni ascendant paternel mâle, ni frère germain (celui-ci la rendrait *'asab*).

Ces conditions étant remplies, la sœur germaine prend dans la succession un *fard* qui, en vertu du verset IV-176, est égal à la moitié. Si au lieu d'une sœur germaine il y en a plusieurs (deux au moins), elles auront 2/3 qu'elles se partageront par tête.

6 - La sœur consanguine

Pour qu'elle vienne à la succession comme héritier à *fard*, il faut que le défunt n'ait laissé ni enfant, ni ascendant paternel mâle, ni frère germain, ni frère consanguin (sans quoi elle serait *'asab*), ni plus d'une sœur germaine (s'il y en avait deux, elles auraient les 2/3, et la sœur consanguine n'aurait droit à rien). Si toutes ces conditions sont remplies, la sœur germaine (IV-176) prend la moitié; la sœur consanguine comptera comme sœur

germaine pour faire porter la réserve aux 2/3, mais ne prendra que 1/6. S'il n'y a pas de sœur germaine, la sœur consanguine recevra 1/2; s'il y a deux sœurs consanguines ou plus, elles recevront les 2/3 qu'elles se partageront par tête. La sœur consanguine n'est pas traitée comme la sœur germaine, bien qu'elle soit parente du défunt par un mâle. Il est fait ici application du privilège du double lien.

B - La non-application des normes posées par la *Sharī'a*

Ces solutions ne sont pas toujours applicables. La quotité des réserves a été, en effet, fixée par le Coran de telle sorte que la somme des *fard* peut dépasser l'unité. Le cas s'est présenté peu de temps après la mort du Prophète, sous le califat d'Omar : une femme était morte à la survivance de son mari et de deux sœurs. En l'absence d'enfants, le *fard* du mari était de la moitié; celui des deux sœurs était de 2/3. La somme des parts prélevées était donc de 3/6 pour le mari et de 4/6 pour les sœurs, soit 7/6 de la succession. L'espèce fut soumise au calife Omar, qui, embarrassé, prit alors conseil de son entourage. Quelqu'un lui dit : *Si le défunt était mort débiteur de 7 dinars et en laissant seulement 6, il faudrait faire de sa succession 7 parts et faire supporter à chacun des héritiers une réduction proportionnelle. Il faut diviser la succession de cette femme en 7 parts et en accorder 3 au mari et 4 aux sœurs.*

Cette solution prévalut et fit jurisprudence. Les auteurs musulmans posent donc le principe que, lorsqu'il est impossible de lotir intégralement les héritiers à *fard*, il y a lieu de faire subir à tous une réduction proportionnelle. C'est le *'awl,* ou augment. L'opération consiste à augmenter le dénominateur des fractions représentant les droits de chaque héritier à *fard* ; en diminuant ainsi la valeur de chacune de ces fractions, on fait subir à chacune une réduction proportionnelle; c'est le *ta'wil*. La règle est appliquée sans difficulté aux cas d'espèce qui se présentent.

II - Héritiers *'asab*

Ce sont les parents par les mâles (*'asab* = nerf viril). Ils s'opposent aux parents par les femmes ou *dhawi'l-arham* (*rahm* = utérus) que les hanéfites admettent à hériter, les préférant au *Baït al-Mal* ou Trésor public. Ce qui caractérise la situation des héritiers *'asab*, c'est qu'ils ont une vocation éventuelle à la totalité de la succession. Si les héritiers à *fard* prennent tout, l'*'asab* n'a rien; s'ils ne prennent qu'une partie, il a le reliquat; mais s'il n'y a pas de *fard*, il a droit au tout, parce que ce sont les *'asab* qui constituent la vraie famille. Depuis la disparition de l'esclavage et donc du patronage, il n'y a plus qu'une grande catégorie d'héritiers *'asab*: les *'asab* parents. Les *'asab* parents sont les *'asab* unis au défunt par un lien de parenté. Ils se subdivisent en : *'asab* par eux-mêmes: *bi-nafsihi* (A); *'asab* par un autre : *bi-ghairihi* (B); et *'asab* avec un autre : *ma'a ghairihi* (C).

A - *'Asab* par eux-mêmes

Les *'asab* par eux-mêmes sont les mâles, parents par les mâles. Relèvent donc de cette catégorie le fils, le fils du fils, le père, l'aïeul paternel, le frère germain, le frère consanguin, le fils du frère consanguin, le fils du frère germain, l'oncle germain, l'oncle consanguin, le grand-oncle consanguin, etc.

B - *'Asab* par un autre

Ce sont des femmes et rien que des femmes : fille, petite-fille, sœur germaine et sœur consanguine. Si, à côté de la fille, il y a un *'asab* du même degré et du même lien, c'est-à-dire un fils, frère de la fille, appelé à la succession, la fille ne viendra pas comme héritier à *fard* ; empruntant à son frère la qualité d'*'asab*, elle sera *'asab* par un autre ; elle viendra au même titre que lui, mais prendra une part inférieure de moitié.

Pour retirer ainsi à la fille la qualité d'héritière à *fard* que le Coran lui reconnaît, les légistes se sont fondés sur le verset IV-11 : *Dieu vous ordonne d'attribuer au garçon une part égale*

à celle de deux filles. Lorsque le frère et la sœur viennent à la succession en qualité de fils et de fille, le fils prend une part double de celle revenant à la fille ; leurs droits diffèrent par la quotité, mais sont de même nature. Or, le fils étant certainement *'asab,* la fille vient à la succession en la même qualité. Mais la fille étant une femme, elle n'est pas *'asab* par elle-même ; elle est donc *'asab* par un autre. On a étendu par voie d'analogie ces solutions à la petite-fille. Si, à côté de la petite-fille, il y a un petit-fils – fut-il issu d'un fils différent –, ce petit-fils conférera à la petite-fille la qualité d'*'asab*. On a même décidé que, dans le cas où il n'y aurait pas de petit-fils, un arrière petit-fils jouerait le rôle d'*'asab* à l'égard de la petite-fille et la rendrait *'asab*, bien qu'il ne soit pas du même degré, ni peut-être du même lien.

Rentrent également dans cette catégorie la sœur germaine et la sœur consanguine, si, à côté d'elles, il y a un frère germain ou un frère consanguin. Le Coran (IV-176), disant que, le frère et la sœur venant à la succession, le frère devra recevoir la part de deux sœurs, c'est-à-dire une part double, on a argumenté pour les sœurs comme on l'avait fait pour les filles. De surcroît, en l'absence de frère germain ou de frère consanguin, l'aïeul confère à la sœur germaine ou consanguine la qualité d'héritier *'asab* et prend alors une part de succession double de celle revenant à la sœur pour la raison suivante : selon le *hadîth « l'aïeul, c'est le père »*, l'aïeul a les droits du père ; or, le père exclut les sœurs ; les sœurs ne viennent à la succession que si le père est prédécédé ; dans ces conditions, s'il y a un aïeul, les sœurs devraient être écartées. Les *mudjtahid* n'ont pas voulu aller jusque-là, parce que ce n'est pas le Coran qui a dit que *l'aïeul c'est le père*, mais un *hadîth*. Chez les hanéfites, cependant, l'aïeul écarte les sœurs comme le père les aurait exclues.

C - *'Asab* avec un autre

Ce sont, à l'instar des *'asab* par un autre, uniquement des femmes : la sœur germaine et la sœur consanguine.

Lorsqu'une fille est appelée à la succession en sa qualité d'héritière à *fard* et qu'il y a aussi une sœur germaine ou une sœur consanguine du *de cujus*, mais ni frère ni aïeul pour conférer à cette sœur la qualité d'héritier *'asab* par un autre, la fille (et la solution serait la même si, au lieu d'une fille, il y avait une petite-fille) viendra à la succession comme héritier à *fard* ; et la sœur y viendra aussi, non comme quotiste, mais comme *'asab*, prendre le reliquat, une fois le prélèvement de la fille opéré. Elle n'est pas *'asab* par elle-même puisqu'elle est une femme ; ni *'asab* par un autre puisqu'il n'y a pas de mâle ; on la dira alors *'asab* avec un autre. On a été amené à cette solution par le raisonnement suivant : Si, pour recueillir une succession, il y avait, par exemple, une fille, une sœur et un *'asab* éloigné (c'est-à-dire un collatéral) ou bien le *Baït al-Mal*, en appliquant le texte du Coran, la fille, héritier à *fard*, aurait la moitié et l'autre moitié irait au *Baït al-Mal* ou à l'*'asab* éloigné, malgré la présence de la sœur, parce que, selon le verset IV-176 : *Si quelqu'un meurt sans laisser d'enfants, mais seulement une sœur, la moitié de sa succession reviendra à celle-ci.* En l'espèce, comme il y a une fille, la sœur ne peut pas être héritier à *fard*. La sœur germaine et la sœur consanguine viennent donc à la succession, tantôt comme *'asab* par un autre, tantôt comme *'asab* avec un autre. L'intérêt de cette distinction apparaît dans la norme hanéfite suivante : l'*'asab* avec un autre peut être seul héritier universel *'asab*, tandis que l'*'asab* par un autre ne peut jamais l'être. Empruntant sa qualité à un autre il ne peut pas être seul. Dans la catégorie des parents *'asab*, certains peuvent en même temps être des héritiers à *fard*. Le père, par exemple, est héritier à *fard*, et il est, en même temps, *'asab* par lui-même puisqu'il est mâle et parent par les mâles. Dans certaines circonstances, certains parents pourront ainsi venir à la succession au double titre de *fard* et d'*'asab* et cumuler leurs parts. Mais il n'en est ainsi que des *'asab* par eux-mêmes. Les *'asab* par un autre et les *'asab* avec un autre ne pourront jamais cumuler les deux qualités.

III - *Dhawi 'l-Arham*

Ce sont les parents par l'utérus qui ne sont ni héritiers à *fard*, ni *'asab*. Pour justifier leur droit de succession, on a invoqué un *hadîth*, selon lequel : *l'oncle maternel est l'héritier de celui qui n'a pas d'héritier*. L'oncle maternel n'étant ni héritier à *fard* ni *'asab*, le droit de succession des *dhawi'l-arham* se trouve justifié aux yeux des hanéfites. Ce sont, par exemple : le fils de la fille, le grand-père maternel, le fils ou la fille du frère utérin ou de la sœur utérine, etc. Pour leur reconnaître une vocation successorale, les légistes hanéfites se sont appuyés sur le Coran (VIII-75) : *Ceux qui sont liés par la parenté sont encore plus proches les uns des autres* que des autres musulmans, c'est-à-dire que l'ensemble de la communauté musulmane. Les *dhawi'l-arham* étant, par définition, des gens unis par les liens du sang sont préférables à la communauté musulmane ; ils doivent donc être préférés au *Baït al-Mal*.

IV - Le *Baït al-Mal*

Le *Baït al-Mal* n'est que l'Administration des domaines de la communauté musulmane ; il est *de jure* le représentant de la *Umma*. Si tous les rites s'accordent sur la vocation successorale de la *Umma*, il y a en revanche divergence sur le fondement juridique de cette vocation. Pour les uns la communauté musulmane succède en qualité d'*'asab* ; pour les autres du simple fait d'une déshérence.

A - La communauté musulmane, *'asab*

C'est le point de vue majoritaire, soutenu notamment par les malékites. Pour reconnaître une vocation successorale à la communauté musulmane et pour en faire un héritier *'asab*, les auteurs malékites ont invoqué d'abord un *hadîth* : *Je suis,* aurait dit le Prophète, *héritier de celui qui meurt sans héritier ; je garantis ses obligations et je lui succède*. En la circonstance, le Prophète n'hérite que comme représentant de la communauté musul-

mane. Et pour en faire un *'asab* on a interprété le Coran IX-72: *Les croyants, et les croyantes sont amis, les uns des autres*. La communauté de religion établit une sorte de parenté entre les musulmans. Conséquence logique: dans le rite malékite, lorsque le testateur n'a d'autre héritier que le *Baït al-Mal*, il ne peut disposer par testament que du tiers de ses biens. La communauté musulmane est une parente; on doit lui laisser les 2/3 de l'actif net de la succession.

B - La communauté musulmane, dévolutaire par déshérence

C'est l'analyse dissidente des docteurs du rite hanéfite. La communauté de religion n'établit pas de parenté religieuse, donc pas de vocation successorale. La *Umma* hérite, mais pas du fait de la parenté religieuse unissant les musulmans au décédé, car il n'y a de parenté que par le sang. Cela résulte du Coran VIII-75: *Ceux qui sont liés, par la parenté sont encore plus proches les uns des autres, d'après le Livre de Dieu*. En conséquence, le *Baït al-Mal* ne succède, dans le rite hanéfite, que lorsque personne ne peut réclamer la succession. Il y a alors des biens en déshérence et on les attribue à la communauté musulmane. C'est ce qui permet d'expliquer que le *Baït al-Mal* n'hérite pas seulement des musulmans, mais aussi des *dhimmi* ou tributaires, chrétiens ou juifs. En conséquence, si le défunt est mort sans laisser d'autres successibles que le *Baït al-Mal*, celui-ci peut disposer de la totalité de sa succession; ce faisant, il ne dépouille pas un parent.

C'est dans le domaine des successions que le principe de l'immutabilité du droit musulman se vérifie le mieux, les codes contemporains étant, dans ce domaine complexe, d'une remarquable fidélité aux règles classiques, elles-mêmes fondées, en majeure partie, sur un donné scripturaire intangible. Les monuments législatifs d'obédience hanéfite promulgués tant en Égypte qu'en Jordanie, en Syrie, en Irak, au Soudan ou au Koweït, n'ont en rien innové dans le domaine des *fara'id*. Il en va de même en pays malékite. On aurait pu croire que le *Code de statut personnel* tunisien, si peu respectueux de la *Sharî'a,* aurait

« occidentalisé » cette matière. Il n'en fut rien et le droit tunisien des successions se situe au contraire dans la droite filiation sunnite ; il consacre même à ce domaine particulier son livre le plus long et le plus fouillé (art. 85 à 152, soit près du tiers du Code). La dernière en date des codifications concernant le statut personnel malékite, le *Code de la famille* marocain de 2004, ne manque pas à cette règle ; fidèle au *fikh* malékite, il consacre au droit des successions ses dispositions les plus élaborées et les plus longues (art. 277 à 395, soit plus du quart de l'ouvrage). Il est, cependant, une innovation, le « legs obligatoire », introduite dans certaines législations et qui se révèle hérésiarque au regard du droit musulman classique, tel qu'on peut l'appréhender tant chez les sunnites que chez les chiites : la représentation successorale n'existe pas en droit musulman, le « legs obligatoire » tourne cette inexistence. C'est la loi du 24 juin 1946 qui introduira, pour la première fois, l'institution dans un corpus islamique, en l'espèce le droit égyptien. Se fondant sur une norme de l'école zahirite, rejetée par tous les rites, le législateur égyptien décidait que les petits-enfants, exclus de la succession de leurs grands-parents, par suite du prédécès de leur père ou de leur mère, recueilleraient désormais une part de succession ne pouvant excéder le tiers à titre de légataire. Cette innovation sera intégrée dans le *Code du statut personnel* syrien de 1953, dans le *Code du statut personnel* tunisien de 1956, dans la *Moudawwana* marocaine de 1958 (et de 2004), dans le *Code de statut personnel* jordanien de 1976, dans le *Code de la famille* algérien de 1984 et enfin, tout récemment, dans le *Code du statut personnel* mauritanien de 2001.

Lire aussi

- Benel M.-A., *Essai sur les successions musulmanes selon les quatre rites orthodoxes*, thèse droit, Paris, 1977
- Durand B., *Droit musulman. Droit successoral*, Paris, 1991
- Gast M. (dir.), *Hériter en pays musulman*, Paris, 1987
- Milliot L., Blanc F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2001
- Stefani G., *Les successions* ab intestat *et testamentaires en droit français comparé au droit égyptien*, Le Caire, 1951, 2 vol.

Conclusion

L'affirmation du droit musulman, en tant que système à prétention universaliste, est aujourd'hui très forte. Fondée sur une logique juridique qui échappe totalement aux hommes puisqu'elle procède de la Révélation, la *Sharî'a* se situe hors du temps ; l'Islam n'est pas concerné par l'évolution de la société des autres nations ; les contradictions de sa doctrine juridique avec les prescriptions posées par tel ou tel pacte international ne sauraient être pour lui facteur de changement. Le droit de la famille, principalement issu du Coran, éclairé par la *Sunna* rapportée par les premiers califes, est mis en application aujourd'hui dans 52 États. Différents aspects du droit public islamique, le droit pénal notamment, enté aussi fortement que le statut personnel sur le *shar'*, sont aujourd'hui mis en œuvre par certains gouvernements. Il est vraisemblable que sous la poussée intégriste de nombreux États traduisent bientôt en textes juridiques leur prétention au rétablissement d'une théocratie.

Index des textes coraniques cités

Index alphabétique

N

O

P

R

S

T

Table des matières

Dans la même collection

L'adoption, P. Salvage-Gerest
Anthropologie juridique, J. Vanderlinden
Les cabinets ministériels, O. Schrameck
Le Code civil, J.-L. Halpérin
Les collectivités territoriales en France, M. Verpeaux
La common law, A. J. Bullier
La commune, J.-C. Douence
Le Conseil constitutionnel, H. Roussillon
Le Conseil d'État, D. Latournerie
Le contentieux administratif, J. Viguier
Le contrat. Droit des obligations, J.-L. Aubert
Le contrat de vente, P. le Toumeau
Les conventions et accords collectifs, P.-H. Antonmattei
La Cour de cassation, Y. Chartier
La Cour européenne des droits de l'homme, J.-P. Marguénaud
La Cour de justice des Communautés européennes, J. Boudant
La déontologie de l'avocat, J.-J. Taisne
La déontologie des magistrats, G. Canivet, J. Joly-Hurard
La directive européenne, D. Simon
Le divorce, P. Courbe
Le droit, P. Jestaz
Le droit administratif, P. Delvolvé
Le droit allemand, C. Witz
Le droit américain, A. Levasseur
Droit bancaire. L'activité bancaire, J.-P. Deschanel
Le droit des biens, C. Caron, H. Lécuyer
Le droit des brevets, M. Vivant
Le droit commercial, P. Didier
Le droit des cultes, J. Volff
Le droit des étrangers, X. Vandendriessche
Le droit européen des affaires, J. Vogel, L. Vogel
Le droit français de la concurrence, Y. Serra
Le droit international public, L.-A. Aledo
Le droit de la langue française, J.-M. Pontier
Le droit des marchés publics, F. Linditch
Droit des médias, E. Derieux
Le droit des organisations internationales, D. Dormoy
Le droit pénal, M.-L. Rassat

Le droit des personnes, T. Garé
Le droit du travail, P.-Y. Verkindt
Les droits de l'enfant, F. Gisserot
Les droits de l'homme, P. Wachsmann
L'égalité des sexes, F. Dekeuwer-Défossez
L'État, J. Chevallier
La filiation, J. Hauser
Les finances publiques, M. Lascombe, X. Vandendriessche
La fonction publique, J.-F. Lachaume
Histoire du droit, J. Bart
L'impôt, C. Schmidt
L'indivision, F.-X. Testu
Institutions politiques de la France, Y. Madiot
Introduction au droit douanier, C. J. Berr, H. Trémeau
Introduction au droit fiscal, P. Serlooten
La laïcité, C. Durand-Prinborgne
Les libertés de communication, J. Georgel
La loi, B. Mathieu
Le mariage, J.-J. Lemouland
Le permis de construire, J. Morand-Deviller
Philosophie du droit, B. Frydman, G. Haarscher
Le président de la République, M.-A. Cohendet
Les principes de la responsabilité civile, P. Jourdain
Les principes de l'urbanisme, H. Charles
Le procès civil, H. Croze
La propriété littéraire et artistique, A. Lucas
La protection des consommateurs, D. Ferrier
La protection des libertés en France, P. Rolland
Les régimes matrimoniaux, D. Martin
La région, M. Verpeaux
La réparation du préjudice, Y. Chartier
La République en France, J.-M. Pontier
La responsabilité du médecin, J. Penneau
La responsabilité politique, C. Bidégaray, C. Emeri
Le service public, P. Esplugas
Les sources du droit, P. Jestaz
Le système politique des relations internationales, M. Gounelle
Le terrorisme, Y. Mayaud
Théorie générale du droit, É. Millard

Conception graphique : Atelier 33
6, rue Béranger
92240 Malakoff

PHOTOCOMPOSITION : SARL SAINT-CYR COMPO - CAHORS (LOT)